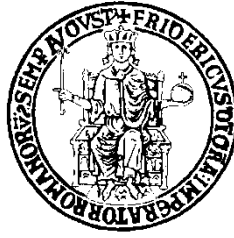


**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II**



**DIPARTIMENTO DI STUDI UMANISTICI**

**DOTTORATO IN  
SCIENZE FILOSOFICHE  
XXX CICLO**

**RIFLESSIONI ETICO – GIURIDICHE SULLA  
MEDICINA DI FINE VITA: STRUMENTI DI TUTELA  
DELL'AUTODETERMINAZIONE**

**Coordinatore**

Ch.mo Prof. Edoardo Massimilla

**Candidato**

Dr. Alessandro De Santis

**Tutor**

Ch.mo Prof. Claudio Buccelli



# Indice

<b>Introduzione.....</b>	<b>1</b>
<b>Capitolo I: Il rapporto medico – paziente, dalla prospettiva paternalistica all’etica dell’individuo: storia di una difficile relazione.....</b>	<b>6</b>
1.1. <i>Il (non) diritto all’autodeterminazione del paziente nel passato remoto dell’esperienza etico – giuridica .....</i>	<i>7</i>
1.1.1. <i>La relazione tra medico e paziente nel mondo greco – romano .....</i>	<i>10</i>
1.1.2. <i>L’esperienza medioevale .....</i>	<i>22</i>
1.1.3. <i>Il timido incedere della persona verso il centro dell’universo.....</i>	<i>38</i>
1.2. <i>L’alba del ventesimo secolo: culla di un’osmosi tra scienza ed aberrazione .....</i>	<i>53</i>
1.2.1. <i>Rarefazione della persona e processo di Norimberga: l’emersione delle aberrazioni.....</i>	<i>62</i>
1.3. <i>Tutela dell’individuo e superamento dei confini nazionali .....</i>	<i>77</i>
1.4. <i>L’entrata in vigore del testo costituzionale: un punto di rottura con il passato .....</i>	<i>97</i>
1.5. <i>La persona nella prospettiva della moderna dottrina e giurisprudenza di legittimità: un prisma dalle facce cangianti .....</i>	<i>119</i>
<b>Capitolo II: L’imperativo morale di tutela delle persone deboli nelle declinazioni giuridiche del quadro normativo italiano .....</b>	<b>149</b>
2.1. <i>Incapacità e autodeterminazione: il radicamento nel mondo dei viventi .....</i>	<i>149</i>
2.1.1. <i>Gestione del fine vita e testamento biologico.....</i>	<i>159</i>
2.2. <i>Il sistema giuridico italiano di tutela delle persone deboli: introduzione .....</i>	<i>172</i>
2.2.1. <i>La tutela del minore .....</i>	<i>184</i>
2.2.2. <i>Interdizione ed inabilitazione: tra vuoti di tutela e soluzioni giurisprudenziali .....</i>	<i>190</i>
2.2.3. <i>L’amministrazione di sostegno.....</i>	<i>208</i>
2.4. <i>Conclusioni: un drammatico vuoto di tutela.....</i>	<i>223</i>
<b>Capitolo III: Le dichiarazioni anticipate di trattamento: luci, ombre e prospettive de iure condendo .....</b>	<b>231</b>
3.1. <i>Le dichiarazioni anticipate di trattamento: riflessioni etiche e compatibilità con il quadro costituzionale.....</i>	<i>231</i>
3.2. <i>Le dichiarazioni anticipate di trattamento: riflessioni giuridiche .....</i>	<i>240</i>
3.3. <i>Il quadro normativo sovranazionale e le esperienze virtuose.....</i>	<i>250</i>
3.3.1. <i>Riflessioni conclusive sul quadro europeo .....</i>	<i>266</i>
3.4. <i>Il quadro normativo e politico italiano .....</i>	<i>269</i>
3.4.1. <i>Il cd. “d.d.l. Calabrò” .....</i>	<i>271</i>
3.4.2. <i>Il d.d.l. n. 3599 del 2016 .....</i>	<i>280</i>
3.4.3. <i>Il progetto di legge A.C. 1142-A e abbinati .....</i>	<i>289</i>
3.5. <i>Considerazioni conclusive.....</i>	<i>305</i>



## **Introduzione**

L'essere umano è l'unica entità presente in natura che, oltre a possedere piena coscienza di sé e della realtà da cui è circondato, riesce ad adoperare forme articolate di linguaggio, inteso quale “comunicazione verbale”.

Detta forma di comunicazione gli consente di instaurare complesse tipologie di interazione con il mondo che gli sta intorno, di intrecciare relazioni interpersonali e, soprattutto, di vivere autodeterministicamente la propria esistenza, in omaggio alla consacrazione della libertà personale contenuta nell'art. 13 della Costituzione.

La progressiva evoluzione del rapporto medico – paziente ed il distacco dall'atavico modello paternalistico fanno sì che a ciascun individuo umano sia consentito il pieno dispiegamento di tale libertà di autodeterminazione anche in riferimento al suo vissuto sanitario, che si vuole in linea con i valori che rappresentano il suo bagaglio culturale, ideologico, religioso, filosofico.

In tale visuale prospettica, “cura” non è ciò che lo Stato ritiene di proporre o imporre al paziente, in una visione autoritativa di salute che coincida solo con il principio di beneficiabilità, ma il contenuto concreto e dinamico dell'itinerario umano, prima ancora che curativo, che il malato ha deciso di costruire, nell'alleanza terapeutica con il medico e secondo scienza e coscienza di questo.

Ciò trova conferma, del resto, nell'art. 32 Cost., a tenore del quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge, sempre che il provvedimento che li impone sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e che l'intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla cura di chi vi è sottoposto.

Ciò nondimeno, la caduta del paziente in stato di incoscienza, il subentro dell'inabilità verbale o la configurazione di altra ipotesi o stadio di incapacità elidono la possibilità dello stesso di improntare la gestione della sua salute al rispetto della piattaforma di valori su cui si innesta la formazione della sua personalità. In tale ottica, si paventa il rischio che il paziente smarrisca la propria "individualità umana", rimanendo inesorabilmente frustrato nell'estrinsecazione valoriale di ciò che costituisce e compone la sua "persona", di ciò che lo radica nel mondo dei "viventi".

Chi versa in stato vegetativo permanente è, a tutti gli effetti, persona in senso pieno, che deve essere rispettata e tutelata nei suoi diritti fondamentali, a partire dal diritto alla vita e dal diritto alle prestazioni sanitarie, a maggior ragione perché in condizioni di estrema debolezza e non in grado di provvedervi autonomamente. Anche per tali soggetti la prima garanzia del diritto alla vita dovrebbe risiedere nella libertà di autodeterminazione rispetto all'ingerenza altrui, ove pure tale ingerenza consista in una cura da erogarsi in nome del mantenimento in vita.

Di talché il legislatore, ben conscio della prospettiva schiettamente personalistica assunta dalla nostra Carta fondamentale e consacrata dall'art. 2 Cost., si premura di disporre e regolare giuridicamente un'articolata serie di strumenti e misure orientati alla protezione delle persone deboli, prive in tutto o in parte di autonomia.

Gli stati di incapacità ipostatizzati dal legislatore sono molto diversi gli uni dagli altri ma accomunati dalla limitazione legale a prendere in autonomia decisioni rilevanti sia patrimoniali che personali, dovendosi distinguere la posizione del minore, quella dell'interdetto e dell'inabilitato e, ancora, quella del beneficiario dell'amministrazione di sostegno; il tutto senza obliterare la specifica disciplina dell'incapacità naturale.

Senz'altro l'istituto che più di tutti si attaglia al perseguimento delle esigenze oggetto di esame è proprio quello dell'amministrazione di sostegno, la cui introduzione risulta piuttosto recente in quanto realizzata con L. n. 6/2004.

Tale intervento legislativo irrompe in uno scenario dominato dalla figura dell'interdizione, la cui rigidità operativa tendeva, in una prettamente logica custodiale, a sradicare la persona debole dal contesto sociale di appartenenza, con effetti profondamente stigmatizzanti della sua dignità di essere umano. L'amministrazione di sostegno, al contrario, attraverso la sua dinamicità, lascia emergere la chiara volontà di abbandonare l'originaria impostazione stigmatizzante e custodialistica, preservando per quanto possibile l'inserimento sociale del beneficiario, la sua autonomia, la sua vita culturale.

In altre parole, la progressiva virata autodeterministica impressa dal testo costituzionale al nostro ordinamento giuridico, nell'ottica del radicale allontanamento dalle aberrazioni emerse nello svolgimento del Processo di Norimberga, pervade oramai anche il settore della tutela delle persone incapaci, collocando realmente le stesse al centro dell'universo legislativo e sociale; in tal modo, il nostro sistema giuridico si pone in sintonia con le *guide – lines* emerse in sede sovranazionale, ed in particolare con i principi ricavabili dagli artt. 25 e 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e più volte ribaditi dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

Ma questo addentellato normativo, ove rapportato allo svolgimento dell'attività sanitaria, risulta realmente in grado di garantire la “cittadinanza umana” di ogni essere vivente e, dunque, il dispiegamento della sua autodeterminazione? In realtà, i dubbi portati alla luce dalla più recente evoluzione giurisprudenziale appaiono di notevole rilevanza.

Strumento formidabile per la tutela sanitaria degli incapaci è rappresentato dall'art. 408 c.c., che consente al beneficiario di designare il proprio

amministratore di sostegno in previsione della propria futura incapacità, nel contempo indicando le direttive inerenti la gestione del proprio patrimonio e, soprattutto, dei propri interessi personali, categoria idonea ad inglobare anche il profilo sanitario. L'introduzione di tale strumento è stata salutata con favore da numerosi autori, che hanno ritenuto di poter scorgere in esso una trasposizione nel nostro ordinamento dell'istituto del "testamento biologico", tale da ricomprendere le direttive anticipate relative ai trattamenti sanitari.

Un idillio interrotto, però, da una recente pronuncia della Corte di cassazione<sup>1</sup>, con la quale i giudici di legittimità hanno perimetrato rigidamente lo spettro operativo della designazione anticipata dell'amministratore di sostegno, depotenziandone non poco l'efficacia.

In particolare, gli ermellini hanno precisato che, se da un lato il citato art. 408 c.c. consente la designazione di un fiduciario in vista di una futura incapacità, dall'altro l'art. 404 c.c. lascia intendere che presupposto necessario per l'attivazione del procedimento pubblicistico di nomina dell'amministratore sia l'attualità dello stato di incapacità di attendere ai propri bisogni. Ne consegue che la designazione *de futuro* acquisirà efficacia soltanto con la successiva nomina del giudice tutelare, collegata all'insorgere dell'incapacità; ma con la precisazione che detto giudice sarà tenuto ad una rivalutazione attuale della volontà precedentemente espressa, ben potendo disattendere sia la scelta del soggetto da nominare che le direttive espresse dal beneficiario.

Detta pronuncia, dunque, rispetto alla visione avanguardista recepita dalla Cassazione nel caso Englaro<sup>2</sup>, pare rappresentare un passo indietro nella tutela del persone deboli, posto che la penetrante ingerenza riservata al giudice tutelare, se da un lato può salvaguardare l'incapace da potenziali

---

<sup>1</sup> Cass. Civ., Sez. I, 20 dicembre 2012, n. 23707.

<sup>2</sup> Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.



abusi, dall'altro tende a snaturarne la volontà, che rimane diluita nelle valutazioni giudiziali operate al momento della nomina pubblicistica.

Ma vi è di più. Invero, alla non contestualità della designazione e della nomina dell'amministratore ben può conseguire una situazione per la quale, realizzatosi il presupposto dell'incapacità, non vi sia nell'immediatezza del fatto un soggetto pronto a portare a conoscenza dei medici il documento di designazione contenente le DAT, con grave frustrazione della personalità dell'incapace, quasi trascinato al di fuori dell'area dell'individualità umana<sup>3</sup>.

Di tali preoccupazioni pare ben conscio il Consiglio di Stato che, in una recentissima pronuncia<sup>4</sup>, ha evidenziato l'assoluta imprescindibilità di un intervento del legislatore italiano teso a riconoscere e disciplinare espressamente la figura delle direttive anticipate di trattamento, assecondando quelle inderogabili esigenze di salvaguardia delle persone incapaci che già hanno trovato riconoscimento in alcune esperienze giuridiche straniere. Si tratta, infatti, di problemi di enorme ampiezza e complessità, che richiedono e attendono, ormai da troppo tempo, un intervento legislativo orientato a colmare quello che è stato definito un inquietante "spazio libero dal diritto" nel quale, in mancanza di specifiche previsioni circa la effettività, la serietà e la consapevolezza del consenso informato espresso dal paziente, specialmente nei casi in cui questo versi ormai in uno stato di incapacità o di incoscienza, potrebbero trovare – e talvolta drammaticamente trovano – fertile terreno forme silenti o striscianti di non consentita eutanasia.

Orbene, la riflessione relativa alla sufficienza ed efficacia dei mezzi di tutela delle persone deboli predisposti dal legislatore non può che

---

<sup>3</sup> Quanto al depotenziamento della funzione di cura dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, cfr. Cass. pen., Sez. V, 26 febbraio 2016, n. 7974, che sarà oggetto di più approfondita trattazione nel prosieguo.

<sup>4</sup> Cons. St., Sez. VI, 2 settembre 2014, n. 4460.

principiare dall'adeguata ricostruzione dell'impalcatura di valori etici fondamentali che sorregge la visione personalistica del nostro ordinamento giuridico, con particolare riferimento all'evoluzione diacronica del rapporto medico – paziente, formidabile banco di prova per la vivificazione dei surriferiti valori.

## **Capitolo I: Il rapporto medico – paziente, dalla prospettiva paternalistica all’etica dell’individuo: storia di una difficile relazione**

### ***1.1. Il (non) diritto all’autodeterminazione del paziente nel passato remoto dell’esperienza etico – giuridica***

Il rapporto medico – paziente, altrimenti detto rapporto terapeutico, può essere definito come «quel nucleo di forti relazioni civili, etiche, giuridiche e tecnico – professionali, ogni volta uniche ed irripetibili, in cui l’autonomia e la responsabilità della persona si incrociano con l’autonomia e la responsabilità dei professionisti della salute nell’esercizio della loro funzione di cura e di garanzia»<sup>5</sup>. Trattasi dunque di concetto non solo strettamente dipendente dalle correnti evolutive che interessano il mare della medicina, ma, in linea più generale, legato alle concrete conformazioni del contesto economico – sociale complessivamente inteso, fotografato in un dato momento storico; di talché, al mutamento di tale contesto corrisponde indefettibilmente la trasformazione della relazione terapeutica, che si delinea quale prisma dalle facce cangianti, pur presentando talune costanti che offrono particolare resistenza alle movenze impresse dall’evoluzione socio – economica.

Le riflessioni concernenti il rapporto medico – paziente disperdono le loro radici nel passato remoto dell’esperienza umana, etica e giuridica, rinvenendo la loro primigenia origine nella stabilizzazione e localizzazione territoriale dei gruppi, accompagnata dalla più nitida definizione delle

---

<sup>5</sup> C. CASONATO, F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell’orizzonte del diritto*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. III, Milano, 2011, 41.

gerarchie e dei ruoli dei singoli individui, componenti l'arcaica piramide sociale.

È proprio in questo periodo, collocabile a cavallo tra il quarto ed il terzo millennio a. C. e tale da dipanarsi sino all'epoca greca antica, che la figura del medico iniziava ad acquisire dei peculiari tratti fisionomici, profondamente contaminati da una visione essenzialmente religiosa della malattia. Invero, in un siffatto contesto storico, la malattia assumeva le sembianze del castigo divino, del fenomeno sovranaturale, governabile soltanto attraverso la vivificazione di un sapere esoterico ed impenetrabile, prerogativa esclusiva del medico – sacerdote, autentico mediatore tra dei e uomini<sup>6</sup>.

Dunque, la malattia e la morte segnavano ed indicavano l'irruzione della casualità come forza incontrollabile nell'esistenza dell'individuo, come elemento di angoscia e terrore profondi<sup>7</sup>.

In tale quadro storico, il sapere medico tendeva ad assumere due differenti declinazioni, che consentivano di fronteggiare in guise differenti la forza soverchiante ed aliena della patologia.

Sotto un primo profilo, detto sapere assumeva la suddetta conformazione esoterica, consentendo al sacerdote ed all'indovino l'instaurazione di complesse forme di interazione con la divinità, che normalmente si concretizzavano in riti sacrificali e propiziatori idonei a placare o temperare

---

<sup>6</sup> G. ARMOCIDA, E. BICHENO, B. FOX, *Storia della medicina*, Milano, 1993, 7 ss.; cfr. anche M. T. MALATO, *Storia della medicina. Dalle origini ad oggi*, Roma, 2014. L'Autore approfondisce l'analisi delle primigenie forme di medicina, individuando i ben distinti stadi della medicina istintiva, della medicina empirica, della medicina sacerdotale e della medicina magica. Tuttavia, secondo quanto osserva l'Autore, questa scansione non è universalmente condivisa, ritenendo taluni di poter individuare il primo stadio nella medicina empirica, sulla scorta della considerazione che la prima riflessione umana sulla malattia deve ritenersi legata all'osservazione ripetuta degli effetti derivanti dall'assunzione di alcuni vegetali; R. SCUDERI, *Introduzione alla storia della medicina antica e moderna*. Venezia, 1796, 7 ss.

<sup>7</sup> N. ABBAGNANO, *Storia della filosofia, La filosofia antica. La patristica e la scolastica*, Tomo I, Torino, 2007, 3 ss.

la collera divina. Nel contempo, il sapere iniziatico si componeva anche di conoscenze empiriche e pratiche, che rendevano possibili i primi rudimentali interventi sulla parte del corpo malata, sebbene con risultati profondamente aleatori.

Emblematiche, in tal senso, possono considerarsi le travagliate vicende dell'eroe omerico Macàone, guaritore abile nell'estrarre le frecce dalle ferite e nel curare piaghe attraverso l'applicazione di rimedi rudimentali, la cui conoscenza, però, presentava pur sempre una matrice divina, in quanto tramandatagli dal padre, il dio Asclepio<sup>8</sup>.

In altre parole, l'esperienza storica antica ci consegna un sapere medico frutto della contaminazione tra tradizioni religiose ed empiria, destinato a prendere corpo tanto attraverso l'umbratile figura sacerdotale, quanto tramite il pratico dell'anatomia umana, abituato ad operare tramite metodi osservazionistici di carattere primitivo, ma pur sempre provvisto di una larvata o indiretta legittimazione divina.

Logicamente, in una prospettiva di tale tenore, il rapporto tra paziente e medico appariva del tutto sbilanciato in favore di quest'ultimo, che, in virtù delle sue conoscenze, era considerato un essere dotato di privilegio, autorità morale e impunità giuridica, con conseguente difficile sindacabilità delle scelte adottate.

Sicché, per assistere alla diffusione delle prime forme di pratica "laica" della medicina, cui è possibile realmente ricollegare la nascita dell'esperienza medica moderna, dovranno trascorrere millenni. La desacralizzazione della malattia avverrà soltanto grazie alla diffusione delle

---

<sup>8</sup> P. MAZZARELLO, *Rapporto terapeutico in occidente: profili storici*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. III, Milano, 2011, 3 ss.; cfr. anche G. ARMOCIDA, E. BICHENO, B. FOX, *Storia della medicina, cit.*, 17 ss., ove, facendo riferimento ai tempi della guerra di Troia, si evidenzia come le malattie venissero fatte risalire al volere degli dei immortali e che, non sussistendo validi ausili scientifici per fronteggiare le stesse, godevano di buona salute soltanto coloro i quali vivevano secondo dei "buoni costumi", destinati progressivamente a scomparire nella Roma post – repubblicana.

filosofie naturalistiche dell'antica Grecia, da cui Ippocrate di Kos trasse un modello definitivamente laico di medicina, basato sull'esperienza, sul ragionamento, sulla fissazione di una serie di modalità pratiche per esaminare il malato ed elaborare una prognosi<sup>9</sup> e collocabile cronologicamente nel quinto secolo a. C.

È dunque all'esperienza ippocratica ed alla emancipazione del medico dal sacerdote che primariamente bisogna guardare per esaminare le reali origini della medicina moderna e per dare inizio all'analisi delle variegature che, nel corso dei secoli, ha assunto il rapporto medico – paziente.

### **1.1.1. *La relazione tra medico e paziente nel mondo greco – romano***

Il modello laico di medicina inaugurato da Ippocrate rappresenta un punto di rottura rispetto alla pregressa tradizione arcana ed occultistica e giunge a concepire la malattia quale autentico fenomeno naturale che determina uno squilibrio nelle funzioni del corpo, cui il medico tenta di porre rimedio adoperando le sue competenze tecniche; fenomeno che colpisce l'ammalato non tanto perché si è reso colpevole di condotte deplorevoli, tali da insidiare i dogmi religiosi e suscitare l'ira delle divinità, quanto piuttosto per ragioni empiricamente giustificabili o, comunque, anche ove sconosciute, pur sempre radicate nel mondo dei viventi.

Del resto, Kos era una terra dove l'aria, l'acqua ed i luoghi risultavano connotati da notevole salubrità, sicché l'antropologia e la *téchne* ippocratiche possono considerarsi anche figlie del naturalismo ambientale, climatico e geomarino, che fa da sfondo alla vita di Ippocrate. Inoltre, nel

---

<sup>9</sup> *Dizionario della medicina, Medicina, storia della*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it) (accesso del 23 – 03 – 2015); cfr. anche E. BICHENO, B. FOX, *Storia della medicina dall'antichità al Rinascimento*, Milano, 1993, 7 ss.

retroterra culturale del padre della medicina è presente il naturalismo filosofico dei pensatori di Mileto, della vicina Ionia, vissuti tra il VII e il VI secolo, quali Talete, Anassimandro ed Anassimene<sup>10</sup>.

In tale rinnovata ottica, si procede ad una più puntuale definizione del rapporto intercorrente tra i protagonisti fondamentali della medicina, rapporto definito da autorevole dottrina in termini di «triangolo ippocratico»<sup>11</sup>, e composto di tre fattori: la malattia, il malato ed il medico. Il medico si colloca al servizio dell'arte di cui risulta depositario, mentre il malato deve cooperare con il medico stesso per combattere la malattia<sup>12</sup>.

Al centro della concezione ippocratica si colloca non più la malattia, che si spiega in modo olistico quale conseguenza secondaria di processi naturali, bensì il corpo umano, concepito quale vaso nel quale fluiscono una serie di principi umorali fondamentali, dalla cui distribuzione armonica dipende il complessivo stato di salute. Cosicché, nella cura degli squilibri patologici, diviene essenziale l'eliminazione della materia umorale in eccesso e si perviene all'elaborazione di tecniche, quali il capipurgio, il salasso, il sanguisugio, che manterranno inalterata la loro centralità anche nella tradizione medioevale. In tale prospettiva, la salute è *isonomia*, armonia dei principi, ed è rotta dalla *monarchia*, ossia dalla prevalenza di un solo principio sugli altri<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> G. COSMACINI, *L'arte lunga: storia della medicina dall'antichità ad oggi*, Roma – Bari, 2003, 65, il quale osserva che, per quanto riguarda Talete, fu una specie di traghettatore del “principio acqueo” dalle antiche culture fluviali, mesopotamica ed egiziana, alla medicina ippocratica. Anassimandro, invece, fu una sorta di filosofo “vitalista”, il cui *apeiron* è il corrispettivo del fango primordiale da cui è vista germinare spontaneamente la vita. Anassimene, infine, fu un filosofo “animista”, il cui “principio aereo”, in continua tensione tra il rarefarsi igneo ed il condensarsi nell'acqua e nella terra, è visto come il punto di equilibrio corrispondente al soffio vivificatore dell'anima universale.

<sup>11</sup> D. GOUREVITCH, *Le triangle hippocratique dans le monde gréco – romain: le malade, sa maladie et son médecine*, Roma, 1984.

<sup>12</sup> *Corpus Hippocraticum, Decorum*, XVI.

<sup>13</sup> G. COSMACINI, *L'arte lunga, cit.*, 65; in particolare, l'Autore rileva che, nell'ottica ippocratica, se monarchia e dispotismo sono fattori di sofferenza e moria, democrazia e

In un contesto così tratteggiato, caratteristica peculiare della posizione professionale ed esistenziale del medico è costituita dalla “solitudine”, percepibile sotto due differenti punti di vista. Su di un primo versante, la solitudine è di natura sociale, posto che il medico diviene depositario di un sapere autonomo rispetto a quello religioso, non suscettibile di condivisione, se non in misura minima, con soggetti appartenenti ad altre categorie sociali.

Nel contempo, detto isolamento assume una sfumatura istituzionale, in quanto ulteriormente accentuato dalla circostanza che la formazione del medico si realizza attraverso un percorso prettamente individuale, privo di sostegno ed orientamento da parte dell'autorità statuale, in mancanza di centri medici di matrice universitaria e di autentici ospedali e punti di raccolta dei malati, ove esercitare la professione in un contesto di reciproco confronto e condivisione<sup>14</sup>.

---

libertà sono fattori di salute e benessere, sicché la medicina ippocratica si rivela figlia non solo del pensiero filosofico, ma anche dell'ordinamento democratico delle città della Ionia, luogo da molti concepito quale vera e propria culla della democrazia, ove non alberga la tirannide.

<sup>14</sup> P. MAZZARELLO, *Rapporto terapeutico*, cit., 7 ss. Tuttavia, a questo grado elevato di libertà intellettuale e a questa mancanza di vincoli ufficiali che caratterizzano la posizione del medico greco – romano e che rappresentano un punto di contrasto con la rigidità soffocante che parallelamente connota la medicina del vicino Oriente, corrisponde una significativa apertura alle novità, allo spirito della conquista e della scoperta, alla creazione di un contesto competitivo originato dalla strutturale “privatezza” della medicina stessa. Da ciò deriva una disponibilità a ridiscutere continuamente le fondamenta delle conoscenze mediche e a ridefinirle sulla base di una personale opera di osservazione e di sperimentazione, cui però fa da contraltare un certo anarchismo culturale e tecnico per cui, in assenza di riconoscimenti ufficiali, diventa difficile distinguere i medici tecnicamente preparati dai ciarlatani e dagli imbrogliatori; nel medesimo senso, M. VEGETTI, *Le origini dell'insegnamento medico*, in M. FERRARI, P. MAZZARELLO (a cura di), *Formare alle professioni, figure della sanità*, Milano, 2010, 25 ss.; J. C. SOURNIA, *Storia della medicina*, Parigi, 1992, 53 – 56, il quale osserva che, accanto a medici autenticamente qualificabili come tali, i ricchi e gli aristocratici si avvalevano spesso della cura degli schiavi o degli affracanti, dotati di un'esperienza terapeutica assolutamente elementare; il popolo, dal canto suo, non disponendo di risorse economiche sufficienti al pagamento di medici professionisti, si rivolgeva ai saltimbanchi, agli indovini del villaggio, ai barbieri, che distribuivano farmaci di loro composizione, con conseguente diffusione di filtri ed amuleti.



Peraltro, tale conformazione ontologica della posizione medica è ulteriormente accentuata da una circostanza ulteriore: nella triade concettuale composta da malattia, paziente e medico scompare quasi del tutto la famiglia del paziente, i suoi amici, il suo ambiente sociale<sup>15</sup>.

Invero, se da un lato il paziente era normalmente curato in casa e con l'assistenza della famiglia, cui era affidata la concreta esecuzione delle prescrizioni terapeutiche, dall'altro ben difficilmente i componenti del nucleo familiare dispiegavano una qualche influenza sulle scelte del medico, dimostrandosi il suo coacervo di conoscenze sostanzialmente impermeabile alle ingerenze esterne.

D'altra parte, secondo il pensiero dell'epoca era lo stesso medico, soprattutto in talune ipotesi emergenziali, a dover racchiudere il suo sapere entro un'area di impenetrabilità, onde evitare al paziente pericolose suggestioni psicologiche, potenzialmente idonee ad incidere negativamente sulle sue possibilità di recupero. Lo stesso Ippocrate consigliava questa linea di condotta, affermando che il medico deve «occultare la maggior parte delle cose al paziente, distogliere la sua attenzione da quello che egli fa sul suo corpo, non rivelare niente sulle sue condizioni presenti o future»; e ciò in quanto «per molti pazienti la cosa ha costituito una svolta per il peggio»<sup>16</sup>.

Tuttavia, proprio in tali occasioni, alle volte, si assisteva ad una riemersione del ruolo della famiglia. In taluni casi, il medico, pur promettendo al paziente la guarigione, comunicava la reale situazione

---

<sup>15</sup> F. P. CASAVOLA, *Bioetica. Una rivoluzione postmoderna*, Roma, 2013, 63 ss.

<sup>16</sup> *Corpus Hippocraticum, Decorum*, XVI; cfr. anche M. MORI, *Manuale di bioetica. Verso una civiltà biomedica secolarizzata*, Firenze, 2011, 305 – 308, il quale osserva che, anche in virtù della totale mancanza di un sistema di assistenza sanitaria pubblica, non emergeva in alcun modo la necessità di raccogliere il consenso del paziente al trattamento sanitario. Infatti, si riteneva che già solo il fatto che il paziente si fosse autonomamente rivolto al medico per la sua cura potesse essere considerato una sorta di consenso implicito, più loquace di qualsiasi parola o scritto con cui l'interessato dichiara la propria volontà: con tale atto egli mostra in modo concreto e fattivo la volontà di affidarsi al medico che ha scelto e dal quale si è recato.

patologica soltanto ai familiari, onde discutere con loro le alternative terapeutiche e, soprattutto, esprimere raccomandazioni circa la successiva alimentazione e condotta di vita del paziente stesso, elementi tali da influire sul suo equilibrio umorale.

Ma ciò non sta a significare che il medico non dovesse instaurare alcuna forma di dialogo o di confronto con il suo assistito. Al contrario, proprio in quanto depositario di un bagaglio conoscitivo estraneo alla generalità dei consociati, risultava gravato di un ruolo denso di pregnanza sociale, tale da definirlo in termini di filantropo al servizio dell'umanità, quantomeno secondo un modello ideale<sup>17</sup>.

Una siffatta visuale prospettica imponeva al medico un contegno comportamentale costantemente orientato verso l'assistenza degli ammalati, con i quali stabilire, al di fuori delle ipotesi emergenziali surriferite, un rapporto di autentica collaborazione e di apertura umana, nel quale impiegare la sua cultura scientifica e le sue abilità tecniche. Il medico doveva dunque indagare a fondo la storia del malato, le sfumature del suo status patologico, la peculiarità della sua sofferenza, in guisa tale da realizzare la completa presa in carico dello stesso; il tutto, in un contesto dialogico e di confronto<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> G. VICARELLI, *L'ideale del medico nella storia della medicina*, in *Rivista Bioetica Interdisciplinare*, Anno XX, 1, 2012, 348 ss.; cfr. anche J. C. SOURNIA, *Storia della medicina*, cit., 51. L'Autore precisa che, secondo la dottrina ippocratica, niente poteva sostituire per efficacia l'interrogatorio e l'esame del malato, neanche un'approfondita conoscenza teorica; in quest'ottica, il medico, onde formulare compiutamente la sua diagnosi, doveva intrattenersi a lungo con il paziente, guardare, toccare e palpare il corpo sofferente, nonché scandagliarne il profilo umano, e soltanto ad esito di queste attività poteva formulare un'ipotesi di cura che risultasse realmente adatta al tipo di malattia, all'età, alle condizioni fisiche del paziente, alla stagione dell'anno ed al clima del paese.

<sup>18</sup> P. MAZZARELLO, *Rapporto terapeutico*, cit., 8 ss. Non sempre era possibile ottenere la guarigione e spesso le malattie si dimostravano più forti dell'intervento terapeutico, con la conseguenza che la medicina antica rifuggiva la creazione di false aspettative e consigliava al medico di astenersi dall'intervenire nelle ipotesi in cui il paziente apparisse completamente dominato dalla malattia e non presentasse ragionevoli prospettive di miglioramento. Ciò nondimeno, trattavasi di mero consiglio, cosicché non

E proprio in tale ottica si perviene all'elaborazione di taluni galatei comportamentali del professionista, tali da ispirarne la condotta a parametri di moralità e correttezza.

Vi è chi giunge, del resto, a parlare di rapporto di “simpatia” tra paziente e medico, intendendo lo stesso quale aspetto più importante della medicina antica<sup>19</sup>.

Invero, a ben vedere il concetto di “simpatia” deriva dal greco *sympatheia* e si compone di *sym* e *pathos*. Il prefisso *sym* significa all'incirca “avere la stessa cosa” di qualcos'altro, mentre la radice *pathos* richiama l'idea della sofferenza, dell'esperienza, dell'emozione<sup>20</sup>. Cosicché, se da un lato il concetto di “simpatia” si dimostrava idoneo ad evocare l'idea della cooperazione funzionale di tutte le parti del corpo umano, nell'ottica dell'equilibrio umorale<sup>21</sup>, dall'altro raffigurava icasticamente il rapporto empatico tra l'anima del paziente e quella del medico, la cui instaurazione rappresentava un presupposto essenziale per la collaborazione e l'assistenza.

D'altra parte, di tale impostazione sembra rinvenirsi traccia anche nelle opere di Euripide, dalle quali emerge una configurazione del “dialogo terapeutico”, livello più alto dell'intera ricerca euripidea, in termini di alleviamento del dolore attraverso la parola, parola che implica un ambito relazionale il cui asse centrale viene spostato sull'estraneo, che opera a sua volta sul sofferente. Ne consegue l'instaurazione di un rapporto di autentica collaborazione, nel quale, addirittura, quantomeno nella visione euripidea,

---

si faceva divieto al medico di prendere in carico anche i pazienti con prognosi più disperata, anche se avvisandoli con chiarezza della loro condizione morbosa, onde evitare il sospetto di essere responsabile della degenerazione patologica.

<sup>19</sup> M. VEGETTI, *Le origini dell'insegnamento medico*, cit., 27 ss.

<sup>20</sup> W. T. REICH, *L'idea di simpatia: la sua importanza per la pratica e l'etica della medicina*, in M. GENSABELLA FURNARI, *Il paziente, il medico e l'arte della cura*, Soveria Mannelli, 2005.

<sup>21</sup> H. SCOTT, *Sympathie als Metapher in der Medizinsgeschichte*, in *Wurzburger medizinhistorische Mitteilungen*, 10, 1992, 107 ss.

solo il malato possiede la chiave per poter giungere al ristabilimento dell'equilibrio delle proprie condizioni di benessere, dovendosi il medico limitare a rinvenire qualcosa che è già insito nel malato stesso, nella sua natura interiore<sup>22</sup>.

Ciò nondimeno, le surriferite affermazioni necessitano di taluni non trascurabili temperamenti.

Occorre primariamente osservare, onde sgomberare il campo da dubbi, che una tale azione dialogica si dimostrava possibile soltanto ove il paziente risultasse in grado di una comprensione quantomeno elementare dei dettagli tecnici forniti dal medico, in quanto in possesso di una conoscenza almeno embrionale dei fondamenti dell'arte medica. E ciò poteva avvenire, a ben vedere, soltanto nel confronto tra individui colti, provvisti di un certo *humus* culturale. Al contrario, con i poveri e con gli incolti, non in grado di formulare giudizi e valutazioni di siffatto tenore, il dominio del medico sul malato tendeva ad assumere i caratteri dell'assolutezza.

Sotto un versante parzialmente diverso si è osservato che la circostanza che il paziente non debba limitarsi a subire la decisione medica, ma debba essere convinto della sua opportunità «era elemento legato al modo in cui il medico si relaziona con la libertà del soggetto che ha di fronte»<sup>23</sup>.

Di ciò vi è traccia, del resto, nelle opere di Platone, il quale emblematicamente distingue fra l'approccio del medico alla cura dell'uomo libero e quello dell'insergente del medico, che si dedica, invece, alla cura degli schiavi: mentre gli insergenti non danno «spiegazioni sulle specifiche

---

<sup>22</sup> F. BARDI, *Il dialogo terapeutico in Euripide*, in *Materiali e discussioni per l'analisi dei testi classici*, No. 50, 2003, 97 ss. In altre parole, perché ci fosse una terapeutica, doveva primariamente instaurarsi un dialogo aperto ed evidente tra il malato e chi si offriva di curarlo e, se il medico si configurava quale servo dell'arte, d'altro canto era necessario che il malato aiutasse attivamente il medico a combattere la malattia. Non era esclusa, del resto, la possibilità che il malato si chiudesse nella propria sofferenza rifuggendo qualsiasi iniziativa personale di risollevarsi dal dolore, ancor prima della negazione di un aiuto esterno.

<sup>23</sup> A. PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2011, 127 ss.

malattie che affliggono ciascuno schiavo, ma, al lume di una approssimativa esperienza, con la saccenza di un tiranno, prescrivono quel che passa loro per la mente», il medico che cura l'uomo libero «non farà alcuna prescrizione prima di averlo in qualche modo convinto, ma cercherà di portare a termine la sua missione che è quella di risanarlo, ogni volta preparandolo e predisponendolo con un'opera di convincimento»<sup>24</sup>.

Inoltre, non può omettersi di rilevare che, se da un lato in questa simmetria dialogica tra medico e paziente trova origine quella che oggi denominiamo come bioetica e che rinviene il suo capitolo iniziale proprio nel cd. “consenso informato”<sup>25</sup>, dall'altro pare azzardato ricostruire il rapporto tra i due in termini realmente paritari, non solo per la necessità di tenere conto, come innanzi accennato, della collocazione sociale e culturale del paziente, ma anche in considerazione dell'innegabile aurea di impenetrabilità che, sebbene sbiadita rispetto al passato, inesorabilmente continuava ad ammantare la figura del medico. A ben vedere, non erano molti i soggetti ben istruiti, autenticamente in grado di intavolare un confronto con tale figura professionale, chiamata e spesso costretta ad imporre la cura in una prospettiva soltanto benefica, confinando entro spazi esigui e residuali il dispiegamento autodeterministico dell'ammalato. Inoltre, non va trascurato che le possibilità diagnostiche e terapeutiche erano ancora piuttosto limitate e lo spazio decisionale relativo all'alternativa da praticare risultava piuttosto esiguo, con la conseguenza che il paziente tendeva spesso alla supina e fiduciosa accettazione della diagnosi e della terapia prescritta dal medico<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> PLATONE, *Tutti gli scritti*, a cura di G. REALE, Milano, 1991, 121 ss.

<sup>25</sup> F. P. CASAVOLA, *Bioetica*, cit., 64 ss.

<sup>26</sup> A. TARANTINO, *Consenso informato*, in [www.enciclopediadebioetica.com](http://www.enciclopediadebioetica.com) (accesso del 27 – 03 – 2015), il quale evidenzia che, dal Giuramento d'Ippocrate emerge una collocazione della professione medica tra paternità e sacralità; in questo contesto, dunque, la professione medica si configura quale espressione della cultura paternalistica, filantropica, per cui i suoi operatori non possono, professionalmente,

In altre parole, il rapporto tra medico e paziente si definiva seguendo due precise direttrici: da un lato, il dovere del medico di curare al meglio l'ammalato; dall'altro, l'obbligo del paziente di rimettersi integralmente (o quasi) alle scelte operate dal medico, le uniche realmente vantaggiose per la sua salute<sup>27</sup>. Tuttavia, vi è chi non ha mancato di osservare che nel medico ippocratico si riconosce pur sempre una figura che si preoccupa della sofferenza del malato, ma non trascurava di provvedere anche alla propria sorte cercando di evitare di essere coinvolto nell'insuccesso e nella morte del paziente<sup>28</sup>.

Dunque, in tale strutturazione del rapporto medico – paziente, è possibile scorgere una manifestazione compiuta di quella che verrà poi denominata “concezione paternalistica”, permeata, al fondo, dalla sostanziale sostituzione della volontà del medico a quella del paziente, in un'ottica di assoluta legittimità, e dalla sostituzione di una mera informazione precauzionale e preventiva, peraltro del tutto eventuale, all'autentico consenso informato. Il tutto alla luce di un principio per il quale la scienza non si sottopone a giudizio, non potendosi condannare i medici che operano in suo nome, principio sul quale si sono innestate talune politiche

---

procurare male o inganno al paziente, ma solo curare la sua salute. E detta prospettiva, sebbene non possa essere considerata come portatrice di un potere assolutistico sui pazienti, senz'altro costituisce la base teorica sulla quale si è innestata la degenerazione autoritativa del rapporto medico – paziente, portata alla luce, in tempi più recenti, dal processo di Norimberga.

<sup>27</sup> G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico – paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008, 4 ss.

<sup>28</sup> V. MALLARDI, *Le origini del consenso informato*, in *Acta Otorhinolaryngol*, Ital 25, 2005, 312, il quale richiama un episodio riferito ad Alessandro Magno: egli aveva bisogno di cure mediche ma i medici erano timorosi di intraprendere qualsiasi terapia, temendone la reazione in caso di esito sfavorevole, sicché iniziarono la cura solo dopo che il sovrano aveva confermato loro la sua fiducia e aveva fornito una garanzia espressa di immunità; In tal senso, si esprime anche G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico – paziente*, cit., 5 ss., evidenziando che, secondo lo stesso Ippocrate, una corretta diagnosi è utile primariamente alla cura del malato, ma lo è anche per il medico, che, da un lato deve assicurarsi la fiducia del paziente e dall'altro deve prevenire eventuali accuse mosse nei suoi confronti in ipotesi di esito infausto; M. MORI, *Manuale di bioetica*, cit., 305 – 308.

di sperimentazione selvaggia che hanno tristemente caratterizzato gli ultimi due secoli<sup>29</sup>.

Numerosi aspetti propri della figura medica di marca ellenica risultavano destinati a riprodursi nel mondo romano tardo – antico e repubblicano, ove una “medicina domestica” autoctona si intersecava con una “medicina magico – popolare” di ascendenza etrusco – latina e si confrontava con una “medicina dotta” di derivazione greca, perpetuandosi peraltro la distinzione tra medicina degli schiavi e medicina degli uomini liberi. Tuttavia, nella visione pragmatica romana, affiorava l’esigenza di ispirare la medicina al “fai da te” e di ritagliare al medico uno spazio operativo circoscritto, valorizzando invece la figura del *pater familias* nel ruolo di curante polifunzionale, costantemente proteso verso la salvaguardia dei singoli componenti del nucleo familiare attraverso una sapiente ed equilibrata gestione della casa, dell’orto, dell’alimentazione, dello stile di vita di ognuno. Espressione emblematica di questa avversione nei confronti della invadente medicina greca possono considerarsi le parole di Tito Livio, il quale scrive che di fronte a certe malattie il medico deve «giovare più talvolta sapendo aspettare», assecondando la natura piuttosto che

---

<sup>29</sup> A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Milano, 2001, 168; cfr. anche G. DWORKIN, *Paternalism*, in R. E. SARTORIUS (a cura di), *Paternalism*, Minneapolis, 1983, 20 ss., che intende la relazione paternalista, tendenzialmente fondata sul principio di benevolenza, come un’interferenza sull’altrui libertà giustificata da esigenze di benessere, di cura, di bene, di felicità, di necessità, partendo da un’idea generale che concepisce il bene degli uomini come un qualcosa di oggettivamente dato, una sorta di verità indiscutibile; S. FALZOI, *Il potere paternalistico: una questione di interesse politico e bioetico*, in *Bioetica rivista interdisciplinare*, 4, 2014, 579 ss., la quale afferma che il paternalismo, inteso nella sua accezione generale, corrisponde ad una forma di potere in cui, chi lo detiene, si comporta come un padre, relegando in una posizione di inferiorità la parte debole del rapporto e incaricandosi della gestione di quelli che considera i suoi migliori interessi; R. ANDORNO, *Criticità del rapporto medico – paziente*, in C. BUCCELLI, *Medico e paziente. Tra medicina difensiva e appropriatezza dei trattamenti*, Atti del convegno 1 – 2 – 3 dicembre 2011, Napoli, 2012, 69 – 71.

«intervенendo e operando» con il rischio di eccedere i limiti dell'arte rispettosa dell'uomo ammalato<sup>30</sup>.

In tale quadro storico, connotato dalla valorizzazione dell'istituzione familiare quale nucleo fondante sul quale si innesta la stabilità dell'intero tessuto sociale, il medico sembra delinearsi quale elemento estraneo capace di minacciare l'*auctoritas* del *pater familias*, invadendo uno scenario che si voleva interamente dominato da quest'ultimo. E, logicamente, in una siffatta impostazione della realtà sociale, nella quale l'austera figura del *pater* si appropriava di un'area operativa di matrice pseudo – professionale, risultavano piuttosto labili gli spazi di estrinsecazione della personalità dei singoli componenti della compagine familiare, nei cui confronti la cura calava a mò di imposizione, traducendosi nell'eterodeterminazione delle attività quotidiane, dell'alimentazione, del *modus vivendi*.

Ciò nondimeno, anche la medicina romana non si dimostrava immune da un processo di progressiva grecizzazione, destinato a consolidarsi in epoca imperiale, allorquando si manifestava la necessità di fondare su base empirica la sanità pubblica (in specie nel settore militare), consolidando una dottrina dominante che, nel solco della grande tradizione platonico – aristotelica, compattasse la struttura dell'impero, messa a dura prova dalle lotte interne e dalle religioni orientali<sup>31</sup>. L'emblema di tale processo può essere rinvenuto nella figura di Galeno, medico di corte cui Marco Aurelio affidava la propria salute, il quale dimostra nei confronti della filosofia

---

<sup>30</sup> G. COSMACINI, *L'arte lunga, cit.*, 87 ss.

<sup>31</sup> Ivi, 191 ss. Ciò nondimeno, l'autore non trascura di sottolineare che, accanto alla medicina di importazione greca, praticata ed assimilata soprattutto in città, non mancavano *schiafi* medici indigenti, la cui opera si concentrava prevalentemente nelle campagne. A titolo esemplificativo può farsi menzione della vicenda di Cicerone, che instaurò un profondo rapporto di amicizia e stima con il suo medico personale, lo schiavo Alessio; invero, alla morte di questi, avvenuta nel 44 a. C., scriverà all'amico Attico: «Che dispiacere ho avuto! È proprio incredibile, ma non certo per il motivo che la gente immagina quando mi chiede “A quale medico pensi ora di affidarti?” Che me ne faccio adesso di un medico? E se ne ho bisogno ce n'è forse penuria? È il suo affetto che mi manca, la sua umanità».



ellenistica e dello stoicismo antico un atteggiamento definito “dossografico”, in base al quale tutte le opinioni importanti del passato conservano il loro interesse filosofico proprio nella misura in cui esse possono entrare a far parte di un processo di accumulazione orizzontale di verità. In tal modo, egli contribuisce a tratteggiare un prototipo di medico ispirato dal modello ippocratico ma, contestualmente, provvisto anche di nozioni di filosofia, matematica, logica, fisica, e dunque attento alla valorizzazione del sapere degli “antichi”<sup>32</sup>.

In un contesto siffatto, si inseriva la diffusione lenta ma costante del Cristianesimo, tale da reimpiegare il patrimonio empirico e le categorie esplicative di origine greca, ma anche da ridefinire radicalmente il significato delle parole “salute”, “malattia”, “cura”, “guarigione”. Invero, nella visione cristiana, la malattia diviene al contempo una punizione, in quanto castigo inviato da Dio per una colpa commessa dal singolo o dalla comunità, ed un premio, in quanto strumento di sofferenza e mortificazione attraverso il quale mondare l’anima dalle impurità<sup>33</sup>.

La situazione risultava però destinata a mutare in virtù delle temperie politico – militari dell’epoca tardo – antica, che avrebbe condotto alla

---

<sup>32</sup> P. E. MANULI, *Storia della Medicina Antica e dell’Epistemologia delle Scienze Umane. Galeno e lo Stoicismo*, in *Magazzino di filosofia*, 10, 2003, 188 ss.; cfr. anche G. ARMOCIDA, E. BICHENO, B. FOX, *Storia della medicina, cit.*, 17 – 18, i quali puntualizzano che la “fisiologia umorale”, la “patologia umorale” e la “terapia evacuante”, che per oltre due millenni sono state le vie maestre battute dalla medicina occidentale, hanno il loro fondamento nel pensiero di Ippocrate, ma in nessuna delle sue opere si ritrova una formulazione organica ed approfondita di queste dottrine; essa si trova, invece, negli scritti di Galeno che getta le basi nozionistiche per lo sviluppo dei più importanti trattati medioevali di medicina. A ben vedere, le opere di Galeno contengono numerosi errori scientifici, ma, ciò nondimeno, esse risultano destinate a perpetuarsi per oltre quindici secoli nella loro autorità scientifica, e ciò in virtù della robustezza e sistematica organizzazione che caratterizza l’edificio teorico costruito dallo studioso, circostanze accompagnate da una significativa decadenza della cultura che si suol definire “classica”, nel contesto europeo successivo al secolo III d. C.; F. PUCCINOTTI, *Storia della medicina. Volume primo. Medicina antica*, Livorno, 1850, 653 ss.

<sup>33</sup> C. CRISCIANI, *Infirmitas, terapia spirituale e medicina*, in *Storia della scienza*, IV, Roma, 2001, 476 ss.

dispersione di parte consistente del patrimonio testuale classico, anche di carattere medico, solo parzialmente salvato dall'opera oscura e meritoria dei monaci, nei monasteri, conventi e certose<sup>34</sup>.

### **1.1.2. *L'esperienza medioevale***

Dunque, in epoca alto – medioevale, i monasteri si imponevano quali istituzioni di importanza essenziale per il recupero e la divulgazione del patrimonio culturale antico e tardo – antico, attraverso lo svolgimento di una costante attività di trascrizione testuale, nonché di insegnamento ai giovani. In altre parole, i monasteri diventano luoghi di riproduzione e commento del sapere medico, come chiaramente attestato dal contenuto dei cataloghi librari del monastero di Montecassino, disseminati di riferimenti ad opere mediche e ad erbari.

Il tutto, in un contesto ideologico fortemente permeato dagli ideali della dottrina cristiana, protesa verso la concezione della medicina quale strumento di carità, che rende possibile la cura dell'involucro terreno nel quale si annida l'anima di un proprio fratello e, quindi, quale mezzo per l'attuazione concreta degli ideali di matrice evangelica. Emblematiche, a tal riguardo, possono considerarsi le parole di Benedetto da Norcia, il quale afferma esplicitamente che gli ammalati devono essere assistiti come se fossero «Cristo in persona», ricordando la frase del Vangelo «sono stato malato e mi avete visitato»<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> A. E. CARDINALE, *Medicina araba. Una pagina trascurata della storia della sanità*, in *Nuova antologia*, 4, 2013, 271.

<sup>35</sup> P. MAZZARELLO, *Rapporto terapeutico*, cit., 12 ss. Cfr. anche G. ARMOCIDA, E. BICHENO, B. FOX, *Storia della medicina*, cit., 20 – 21, i quali, però, evidenziano che, se da un lato nei monasteri sopravviveva un fervente interesse per le testimonianze dell'antica cultura, dall'altro si assisteva ad un crescente disinteresse per la lettura integrale delle opere originali dei grandi autori. Da ciò derivava la scelta di un numero limitato di opere classiche e la proliferazione di riassunti, estratti antologie ed enciclopedie, la più diffusa delle quali, per un arco temporale lungo circa sette secoli,

D'altra parte, il Cristo, nel mistero dell'incarnazione, ha confermato la dignità del corpo quale elemento costitutivo dell'essere umano; non ha disdegnato la corporeità umana ma ne ha disvelato pienamente il significato ed il valore, ribadendo la vocazione eterna dell'uomo alla condivisione dell'amore trinitario del Dio vivente<sup>36</sup>.

Questa concezione dell'ammalato introduceva, peraltro, nella pratica dell'accoglienza, il consolidamento di una netta distinzione tra l'*affectus* riservato al povero e l'*obsequium* riservato al potente. Sicché il portinaio si sdoppiava, sulla soglia del convento, nell'*hospitalarius* o «custode degli ospiti», da trattare con tutti i riguardi ricollegabili al loro rango sociale, e nell'*elemosynarius* dei poveri, da trattare in maniera assolutamente egualitaria, prescindendo da valutazioni riferite all'estrazione sociale ed alla situazione patrimoniale<sup>37</sup>.

Trattasi comunque di anni drammaticamente caratterizzati dalla rapida diffusione di pesti e pestilenze, spesso conseguenza delle stragi e guerre che hanno connotato il periodo coevo e successivo alla caduta dell'impero romano. Particolarmente significativa risulta la peste detta «di Giustiniano», esplosa nel 543 d.C., la cui origine va individuata nella città

---

sarà le *Etymologiae* di Sant'Isidoro di Siviglia; un libro di esse, il IV, è dedicato al sapere medico, che consta di solo tredici capitoletti e si sviluppa in quattrocento pagine complessive.

<sup>36</sup> E. SGRECCIA, *L'etica del rapporto medico paziente*, in C. BUCCELLI, *Medico e paziente. Tra medicina difensiva e appropriatezza dei trattamenti, Atti del convegno 1 – 2 – 3 dicembre 2011*, Napoli, 2012, 18. L'autore approfondisce il discorso evidenziando che, per effetto dell'opera redentiva di Cristo, subentra nell'essere umano una nuova dignità, che può qualificarsi in termini di dignità soprannaturale o divina.

<sup>37</sup> G. COSMACINI, *L'arte lunga*, cit., 125. In questo panorama emergono talune figure di grande spicco, tra le quali è opportuno menzionare Sant'Isidoro, vescovo di Siviglia e autore della surriferita enciclopedia in venti libri intitolata *Etymologiae*, comprendente tutto lo scibile umano. Il vescovo dettò infatti una importante regola monastica, i cui passi sono riportati da H. SCHIPPERGES, *Il giardino della salute. La medicina nel medioevo*, trad. it. di A. MARTINI LICHTNER, Milano, 1988, 194 ss.: l'assistenza ai malati «deve essere affidata a un uomo assennato e pio che si curi di loro» e «il luogo riservato ai malati deve trovarsi a grande distanza dalla chiesa e dalle celle dei fratelli, in modo da non essere disturbato dai canti e dalle orazioni recitate ad alte voci».

di Costantinopoli, dalla quale il morbo si diffuse sino ad invadere tutta l'Italia bizantina.

Altra patologia stabilmente insediata nell'Europa occidentale a partire dal VI secolo d. C. va individuata nella lebbra, destinata a perpetuarsi per incrementarsi ulteriormente alle soglie del nuovo millennio per via degli scambi di massa con l'Oriente dovuti alle Crociate.

In un quadro siffatto, emergeva prepotentemente l'esigenza di valorizzare ulteriormente l'incidenza medico – sanitaria delle istituzioni monastiche che, lungi dal configurarsi quali semplici centri di riproduzione e divulgazione del sapere, progressivamente si dotavano di un locale che fungeva da infermeria, così creando le condizioni per lo sviluppo di un'attività terapeutica che, almeno fino all'XI secolo d.C., costituirà l'unica forma organizzata di esercizio della medicina<sup>38</sup>.

Alla vita solitaria degli anacoreti subentrava la vita associata dei monaci organizzati in conventi ed esercenti non solo la preghiera, ma anche il lavoro comunitario. È proprio attraverso questo lavoro i monaci avevano la possibilità di dimostrare tangibilmente il proprio amore verso il prossimo e di concretizzare gli ideali religiosi divulgati attraverso l'attività di insegnamento e di preghiera.

---

<sup>38</sup> J. AGRIMI, C. CRISCIANI, *Carità ed assistenza nella civiltà cristiana medioevale*, in M. GRMEK (a cura di), *Storia del pensiero medico occidentale, I, Antichità e medioevo*, Bari, 1993, 414 ss.; cfr. anche M. T. MALATO, *Storia della medicina, cit.*, il quale esamina l'attività assistenziale espletata dai monaci nel Medioevo e precisa che San Benedetto da Norcia fu il primo ad organizzare compiutamente la medicina monastica; questi ricomprese tra le pratiche di lavoro manuale quotidianamente espletate dai monaci anche l'assistenza ai malati, dando avvio alla creazione di apposite infermerie all'interno dei conventi, dove sempre più spesso si coltivavano piante medicinali la cui conoscenza veniva tramandata dagli stessi monaci; J. C. SOURNIA, *Storia della medicina, cit.*, 70 – 71, il quale evidenzia che questa configurazione dei monasteri quali centri di divulgazione ed attuazione del sapere medico fu resa possibile dalle ingenti ricchezze e del considerevole potere di cui il clero disponeva in epoca medioevale, che resero possibile la diffusione capillare di conventi e monasteri e la realizzazione di strutture idonee ad accogliere gli ammalati.

I monasteri medioevali, dunque, esercitavano l'ospitalità in favore degli aventi bisogno aprendo le loro foresterie ai forestieri e le loro infermerie agli infermi. Per vescovi e abati il dovere dell'ospitalità misericordiosa acquisiva una sfumatura di carattere marcatamente morale e si traduceva anche nell'equa ed adeguata ripartizione delle cospicue donazioni effettuate dai cittadini più abbienti, adoperate quale modalità di manifestazione del proprio prestigio e della propria posizione sociale, tanto più ove le tradizionali istituzioni civiche si dimostravano inesistenti o, comunque, insufficienti nel fronteggiare l'innalzamento degli indici di morbidità.

In quest'ottica, la cultura di derivazione greco – romana non costituiva più un tesoro da custodire gelosamente, quanto piuttosto uno strumento da adoperare per la concretizzazione dei dogmi evangelici. *Ora et labora* si diffondeva quale parola d'ordine del monachesimo benedettino, che, pur rinvenendo la sua origine presso l'abbazia di Montecassino, sotto il pontificato di Gregorio Magno si allargava a macchia d'olio in Italia ed all'estero. Significative, in tal senso, devono considerarsi le grandi abbazie di Farfa, in Sabina, e di San Vincenzo al Volturno, fondate ambedue intorno all'anno 700, seguite dai complessi abbaziali della Novalesa, in Val di Susa, sorto nel 726, e di Nonantola, presso Modena, sorto nel 752<sup>39</sup>.

In un quadro così tratteggiato, l'aspetto religioso, radicandosi in ogni arte e disciplina, torna prepotentemente a permeare il rapporto intercorrente tra paziente e curante e, contestualmente, quest'ultimo perde la sua tradizionale corrispondenza con la figura del medico.

---

<sup>39</sup> G. COSMACINI, *L'arte lunga, cit.*, 122 ss. Dunque, come rimarca l'Autore, l'età carolingia si configurava quale periodo di affermazione piena del vivere virtuoso *more benedctino*, con inclusa la nozione per la quale la nozione si perfeziona nell'infermità. Invero, Carlo Magno, incoronato imperatore da Papa Leone III nella notte di Natale dell'anno 800, aveva compreso pienamente l'importanza politica delle grandi abbazie per il Sacro romano impero, cosicché incentivò, su tutto il territorio controllato dai Franchi, lo sviluppo ed il rinnovo dei centri monastici, che si dimostravano tanto produttivi di ricchezza, quanto prodighi di ospitalità verso gli infermi. E, agli ospizi abbaziali andavano affiancandosi anche ospizi episcopali, attivi a Lione dal 513, a Parigi dal 652 e a Milano dal 789.

La sofferenza, il dolore e l'alterazione visibile del corpo umano riproducevano le sofferenze del Cristo crocefisso nella persona del malato. Pertanto, questi rivestiva un duplice ruolo: da un lato, testimoniava, attraverso il decadimento del proprio corpo, di essersi macchiato di colpe di cui la malattia si faceva dichiarazione e manifestazione evidente; dall'altro, attraverso l'imitazione del Cristo sofferente, poteva pervenire alla guarigione dell'anima ancor prima rispetto a quella del corpo.

In forza del mistero dell'Incarnazione – Redenzione, ogni uomo, soprattutto quello più bisognoso, veniva considerato come espressione della carità del Redentore e fondamento del giudizio finale ed escatologico, per cui quello che viene fatto al malato è giudicato nei termini l'«avete fatto a me»<sup>40</sup>.

Infine, la morte non era più vista come un termine irrevocabile, bensì come una nuova vita connotata dall'avvicinamento alla gloria di Dio, con conseguente definitivo abbandono del dolore della malattia, intesa quale mezzo di purificazione dell'anima<sup>41</sup>.

La diffusione degli ideali di matrice cristiana mutava radicalmente la concezione del corpo umano che, oltre a divenire ambivalente, risultava profondamente legata al significato attribuito alla parola *sarx*, ossia carne.

---

<sup>40</sup> E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica. Volume I. Fondamenti ed etica biomedica*, Milano, 1999, 17.

<sup>41</sup> F. E. PEROZZIELLO, *Il rapporto tra medico e paziente*, da [www.filosofia-medicina.net](http://www.filosofia-medicina.net) (accesso del 29 – 09 – 2015). Secondo l'Autore, in questa visuale prospettica, «anche la figura del Salvatore assumeva una doppia potenzialità: quella di medico dell'anima e quella di malato Lui stesso, che si era fatto carico dell'imperfezione e della sofferenza umana per donare la salvezza all'uomo»; occorrerà attendere il Rinascimento e l'opera innovativa di figure straordinarie, come Teofrasto Paracelso ed Andrea Vesalio, per avere una definitiva rottura con questa linea di pensiero e per assistere alla nascita della scienza sperimentale, fondata sul ragionamento empirico e alleggerita delle contaminazioni religiose. Cfr. anche, G. COSMACINI, M. MENGHI, *Galeno e il galenismo. Scienza e idee della salute*, Milano, 2012, 98 – 107; M. VEGETTI, *Saperi terapeutici: medicina e filosofia nell'antichità*, in G. COSMACINI, C. CRISIANI (a cura di), *Medicina e filosofia nella tradizione dell'Occidente*, Milano, 1998, 20 ss.

Significando il legame che intercorre tra il creatore e la sua creatura, la parola carne presenta senz'altro un'accezione positiva, nella misura in cui testimonia la dignità e bontà dell'uomo, concepito quale indiretta manifestazione di un *quid* superiore; a questa si aggiunge, però, un'accezione negativa, posto che la creaturalità è intesa anche quale segno della debolezza, della caducità, dell'incapacità ontologica dell'essere umano di conoscere Dio nella sua essenza, in quanto entità superiore ed a tratti impenetrabile.

Dunque, in questa visuale prospettica, il corpo non coincide pienamente con la carne, ma diviene la manifestazione di una forza soverchiante, vedendo proiettate su di sé debolezze e tentazioni che rappresentano il naturale precipitato della condizione umana di imperfezione. E di questo legame può considerarsi fulgida espressione il corpo di Cristo<sup>42</sup>.

Questa intensa permeazione religiosa della malattia, unitamente alla totale assenza, sul piano europeo, di un'organizzazione medica di carattere laicale, conduce inevitabilmente ad un mutamento della figura del medico, oramai coincidente con il religioso operante all'interno di un ordine monastico, non più provvisto di una preparazione di natura autenticamente professionale, quanto, piuttosto, di un'impostazione operativa di carattere eminentemente pratico, fondata sull'elaborazione di un regime dietetico parco, sulla prescrizione empirica dei salassi e sulla coltivazione ed utilizzo delle erbe medicinali. Nel contempo, però, il religioso fonde nella sua persona una doppia capacità terapeutica, quella materiale del corpo e quella spirituale dell'anima<sup>43</sup>, sì da accompagnare caritatevolmente i malati lungo quella paradigmatica "passione di Cristo" che è rappresentata dalla loro vita, mondando le impurità che inesorabilmente inquinano il corpo e garantendo loro il passaggio nell'Aldilà.

---

<sup>42</sup> M. T. CATENA, *Corpo*, Napoli, 2006, 44 ss.

<sup>43</sup> J. LE GOFF, *Il corpo nel medioevo*, trad. it. di F. CATALDI VILLARI, Bari, 2005, 97 ss.

Non può omettersi di rilevare, tuttavia, che se da un lato l'opera caritatevole – curativa espletata dal religioso – sanitario fungeva da accompagnamento per il malato lungo un percorso periglioso e non poteva non contemplare un'approfondita indagine degli aspetti intrinseci della sua anima, dall'altro, in un mondo caratterizzato dalla rigida concentrazione del sapere medico presso un numero limitato di centri istituzionali, persisteva la configurazione paternalistica del rapporto medico paziente che aveva contraddistinto l'epoca greco – romana, in cui la responsabilità morale del medico sta nella certezza che egli operi per il bene assoluto del malato<sup>44</sup>.

E proprio in considerazione di tale impostazione, nel passaggio tra Antichità e Medioevo si ripeteva l'applicazione dell'originario criterio ippocratico in base al quale era preferibile non rendere pienamente edotto il malato della sua condizione patologica, né delle modalità attraverso le quali il medico intendesse agire<sup>45</sup>, sebbene ciò andasse chiaramente a scapito della sua libertà di autodeterminazione, valore senz'altro di scarso rilievo in un'epoca connotata dalla necessaria obbedienza a leggi universali di origine trascendente.

Del resto, il sapere medico, proprio in virtù di tale sua connotazione religiosa, mantiene inalterato – e forse rafforzato – il suo sapore esoterico e

---

<sup>44</sup> G. VICARELLI, *L'ideale del medico*, cit., 349; cfr. anche J. AGRIMI, C. CRISCIANI, *Medicina del corpo e medicina dell'anima, Note sul sapere del medico fino all'inizio del XIII secolo*, Milano, 1978; J. BALINT, *The Doctor, his Patient and Illness Re – visited*, in *Journal of Balint Society*, Vol. 24, 1996.

<sup>45</sup> F. P. CASAVOLA, *Bioetica*, cit., 66; Cfr. anche A. SAVIGNANO, *Il rapporto medico – paziente e la medicina difensiva*, in C. BUCCELLI, *Medico e paziente. Tra medicina difensiva e appropriatezza dei trattamenti, Atti del convegno 1 – 2 – 3 dicembre 2011*, Napoli, 2012, 181 – 184, ove si pone in luce che l'esortazione a fare il bene del malato, tipica della tradizione medica ippocratica e della cultura medioevale, ha rappresentato storicamente l'emblema del paternalismo, rendendo giustificabile l'imposizione dei trattamenti al malato, considerato quale soggetto non solo minato da una malattia psico – fisica, ma anche fragile dal punto di vista etico. In altre parole, si ripropone l'attitudine paternalistica, che consiste essenzialmente nel rifiuto di acconsentire ai desideri ed alle scelte di un'altra persona per il bene della persona stessa, imponendole autoritativamente una cura che si vuole ispirata a valori suscettibili di identificazione oggettiva.



la sua aurea di impenetrabilità, rimanendo appannaggio di pochi privilegiati, in grado, attraverso una costante attività di studio pratico e di preghiera, di porsi in contatto ed in sintonia con il creatore. In altre parole, nella surriferita concezione bidimensionale dell'assistenza sanitaria, se da un lato appare potenzialmente accessibile al profano la terapeutica del corpo, inesorabilmente insondabile rimane quella dell'anima<sup>46</sup>.

È solo con il passare degli anni, ed in particolare con il superamento dell'anno 1000, che i medici dell'anima – i sacerdoti – subiscono una progressiva differenziazione rispetto ai medici del corpo – i dottori – che divengono studiosi professionisti, organizzando il loro operato attraverso la creazione di un'autonoma corporazione<sup>47</sup>.

Tale processo si condensa nel graduale passaggio del sapere medico dalle chiuse cattedrali monastiche ai centri di cultura universitari, per la cui nascita dovrà però attendersi il secolo XI d.C.

Un ruolo fondamentale nella concretizzazione di questo passaggio va attribuito all'operato della Scuola Medica Salernitana, impegnata sin dal secolo IX d.C. nello svolgimento di un'attività di studio originariamente di carattere pratico, tesa al recupero della tradizione classica anche attraverso il collegamento con la medicina e con il sapere scientifico – matematico di origine araba<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Sotto questo profilo può riscontrarsi un'analogia con la concezione "preistorica" del rapporto tra paziente e medico, connotata dalla sovrapposizione tra quest'ultimo ed il sacerdote, nonché dalla configurazione della medicina quale sapere esoterico, fortemente permeato da contaminazioni mistiche e religiose e, dunque, inaccessibile al profano.

<sup>47</sup> J. LE GOFF, *Il corpo, cit.*, 98.

<sup>48</sup> A. E. CARDINALE, *Medicina araba, cit.*, 271 ss. L'autore ricorda che, a partire dai primi secoli dopo Cristo, la civiltà araba si era diffusa attraverso un impero che aveva gradualmente raggiunto dimensioni superiori a quelle dell'impero romano e che in questo periodo il mondo arabo divenne culla e laboratorio di intercultura, nel quale ebbero slancio e sviluppo matematica, medicina, astronomia, algebra, con un primato che durò fino al Rinascimento. Invero, la lingua araba costituiva per il mondo islamico un mezzo di comunicazione senza pari nella cristianità premoderna e ciò favorì la nascita di scuole, accademie, ospedali nei centri più importanti e famosi, tra i quali è

Ma è solo al tempo dell'arrivo di Costantino l'Africano e della sua permanenza a Salerno e Cassino, databile intorno all'anno 1077, che la scuola medica di Salerno assume uno sviluppo operativo originale. Invero, lo scopo dichiarato della sua attività di studio e traduzione dei classici era quello di trasferire nella cultura medica occidentale il meglio delle conoscenze dell'epoca greco – romana, sfrondando le stesse dalle considerazioni pletoriche o non corroborate dall'esperienza applicativa<sup>49</sup>.

E proprio l'operato di Costantino produce un'apertura della Scuola Salernitana verso una medicina laica, naturalistica, che trae soltanto dalla concreta osservazione delle cose e degli accadimenti il suo fondamento, libera, almeno in parte, da eccessive contaminazioni religiose<sup>50</sup>.

In questo periodo, sotto la costante influenza della cultura araba, la medicina ottiene significativi arricchimenti accettando l'alleanza con la chimica, che, risentendo dell'influenza di Avicenna, riprende e coordina nozioni scientifiche che affondano le loro radici nei testi di Ippocrate, Aristotele e Galeno. Tale ricerca trae linfa e supporto da una costante intenzione di delucidazione dei processi sanitari, non più spinta da un'ispirazione magico – esoterica, quanto piuttosto dall'ansia di ricostruire

---

doveroso menzionare Samarcanda, Damasco e Grandisciapùr; di rilievo non minore era la città di Baghdad, che acquisì rilievo quale importante centro politico e culturale ad opera di due grandi sovrani, uno dei quali era Hârûn al – Rashid, menzionato nel celebre testo *Le Mille e una notte*.

<sup>49</sup> Considerazioni che, invece, erano spesso comparse nelle opere di Galeno, costellate di errori di carattere scientifico ma contestualmente ammantate da un'autorità di matrice classicistica ed incasellate all'interno di un solido edificio sistematico.

<sup>50</sup> L. R. ANGELETTI, *Storia della medicina e bioetica*, Milano, 1992, 118 ss. In particolare, Costantino vuole elaborare una piattaforma fondamentale sulla quale possa innestarsi la cultura medica e per questo compendia in due opere le conoscenze che ritiene necessarie sotto il profilo rispettivamente teorico e pratico: *Pantegni*, cioè tutto quello che il medico deve sapere in dodici libri, e *Practica*, come dire ciò che il medico deve saper fare, inserendo la medicina nell'alveo dottrinario aristotelico – galenico per almeno quattro secoli.

l'uomo quale microcosmo armonicamente collocato nell'universo, il cui funzionamento ben può essere spiegato su base empirica<sup>51</sup>.

Nel successivo XII secolo l'incremento degli scambi con le terre d'oltremare incentiva ulteriormente la diffusione della cultura araba ed determina altresì il significativo aumento dell'affluenza di malati e feriti reduci dalle Crociate, i quali beneficiano, a Salerno, di una adeguata assistenza. Nel contempo, sempre attraverso la valorizzazione della cultura greco – romana, si progredisce verso il passaggio ad un'istruzione di carattere metodico e teorico e non più esclusivamente pratico<sup>52</sup>. E questa transizione da una scuola pratica ad una scuola che si fonda anche su di uno studio teorico rappresenta la base sulla quale va ad innestarsi la nascita e diffusione delle istituzioni universitarie.

Dunque, è proprio nella città di Salerno che si radica l'origine della nuova figura del medico, inteso non più quale pratico avvezzo ad una generica attività assistenziale, bensì quale praticante erudito, professionista che studia le cause delle malattie impiegando le nozioni scientifiche tramandate dalla tradizione greco – romana ed araba, onde procedere alla cura della patologia su base autenticamente empirica.

---

<sup>51</sup> P. FRANZINI, *Pensare la medicina*, Milano, 2001, 46. Interessante l'osservazione dell'Autore, ove rileva che la medicina, intorno al secolo X – XI, sotto la spinta della cultura araba, accettando l'alleanza con la chimica, viene coinvolta nella "alchimica", che della chimica stessa rappresenta la deformazione magica. E, se da un lato tale disciplina sottende una ineluttabile componente esoterica, che travalica gli steccati dell'empirismo, dall'altro tende ad invadere tutti i campi di quello che allora era lo scibile scientifico, esprimendo un'ansia di ricerca, un'indagine delle cause, un'esigenza di conferire all'uomo un ruolo preciso nell'universo, che inevitabilmente le riguadagnano, quantomeno in misura parziale, un fondamento razionale. Quanto invece ai rapporti tra medicina, fisiognomica, astrologia e magia si rimanda a G. F. VESCOVINI, *Medicina, fisiognomica, astrologia e magia*, in C. CRISCIANI, J. AGRIMI, M. H. GREEN, G. FEDERICI VESCOVINI, *La scienza bizantina e latina: la nascita di una scienza europea. Aspetti etici e sociali della medicina*, da [www.treccani.it/enciclopedia](http://www.treccani.it/enciclopedia) (accesso del 02 - 10 - 2015).

<sup>52</sup> G. COSMACINI, *L'arte lunga*, cit., 124 ss.

I tempi erano dunque divenuti maturi per la nascita delle prime università<sup>53</sup>, con conseguente istituzionalizzazione e radicamento degli studi medici all'interno di vere e proprie facoltà di medicina. Ne consegue il riconoscimento della qualifica di medico soltanto in capo a colui il quale avesse portato a completamento un regolare corso di studi, connotato dalla graduale acquisizione delle conoscenze scientifiche, attestate attraverso lo svolgimento di esami periodici e la disponibilità, a livello europeo, di un professionista ufficialmente abilitato all'esercizio della sua attività.

Questa qualificazione di carattere scientifico, il cui substrato è logicamente rappresentato dall'acquisizione di un rimarchevole spessore dottrinario, consentiva, peraltro, la risoluzione di un atavico problema professionale che affliggeva la figura del medico: il problema di giustificare socialmente la percezione di una retribuzione. Invero, nel contesto storico alto – medioevale, fortemente permeato da una concezione evangelica dell'attività medica, la guarigione veniva percepita quale vero e proprio “dono di Dio”, sostanzialmente non ricollegabile ad un'opera umana. Tuttavia, proprio la necessità di affrontare ingenti spese per portare a termine la sua formazione universitaria, consente al medico di giustificare la percezione di una mercede come retribuzione per il notevole sforzo cui si

---

<sup>53</sup> L'*Alma mater studiorum*, fondata a Bologna nel 1088, è considerata la più antica università del mondo occidentale e rinviene la sua origine in una libera e laica organizzazione di studenti che sceglievano e finanziavano in prima persona i docenti deputati a curare la loro formazione. Il danaro, inizialmente, veniva corrisposto ai docenti in termini di offerta, non risultando concepibile una retribuzione della scienza, intesa come dono di Dio; soltanto con il trascorrere del tempo acquisisce le sembianze di un vero e proprio salario, in linea con il processo di professionalizzazione dell'attività medica. Cfr. anche J. C. SOURNIA, *Storia della medicina*, cit., 98 ss. L'autore sottolinea che, malgrado la considerevole attività svolta dalla Scuola salernitana, nel XII secolo il sapere medico era ancora monopolizzato dalla Chiesa ed il fenomeno aveva acquisito dimensioni tali che alcuni chierici, divenuti importanti medici, avevano guadagnato prestigio, autorità e ricchezze tralasciando le funzioni religiose. Bisognerà attendere il secolo XIII per assistere al processo di progressiva emancipazione della medicina dalla religione, accompagnato da un significativo mutamento delle preoccupazioni filosofiche, sempre più orientate verso la cd. “disputa degli universali”, fondata sulla ricostruzione empirica dell'origine dei generi e delle specie e sulla loro classificazione.

è assoggettato per conseguire le conoscenze necessarie allo svolgimento della sua attività diagnostica e terapeutica<sup>54</sup>. Nel nuovo codice, il rapporto caritativo – fraterno con il malato è definitivamente mutato in un controllo scientificamente neutro e non più gratuito della sua malattia, che perde definitivamente il suo significato simbolico e sacrale.

Ciò si riflette, però, soltanto in misura relativa sulla configurazione del rapporto medico paziente. Difatti, non solo il sapere medico rimane di carattere esclusivo, con conseguente inaccessibilità ad opera della generalità dei consociati, ma, nel contempo, proprio la nuova appartenenza del medico ad una élite sociale ristretta accentua significativamente la distanza spirituale rispetto al paziente, che vede ulteriormente svilito il proprio margine autodeterministico. Emblematiche, in tal senso, devono considerarsi le parole di Henry de Mondeville, il quale affermava che «i pazienti devono obbedire incondizionatamente ai loro chirurghi (...); non devono opporsi ai loro interventi e ai loro consigli, anche perché ciò è sgradito ai chirurghi, e li rende indifferenti, e l'operazione diventa pericolosa»<sup>55</sup>.

Dunque, il cambiamento del rapporto medico paziente nel passaggio dall'Alto medioevo al Basso medioevo riguarda esclusivamente il profilo della simmetria: mentre l'assistenza caritatevole svolta dai monaci produceva una relazione simmetrica, se non di subordinazione del medico soccorritore, la trasformazione del medico in depositario di un sapere elitario e scientifico produce l'instaurazione di un rapporto asimmetrico, cui si ricollega la legittimazione di una retribuzione monetaria<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> P. MAZZARELLO, *Rapporto terapeutico*, cit., 15 ss.

<sup>55</sup> *Frontiere della vita*, IV, *Il mondo dei viventi*, Istituto dell'Enciclopedia Italia, Roma, 1999, 810 ss.; cfr. anche L. R. ANGELETTI, V. GAZZANIGA, *Storia, filosofia*, cit., 3 ss.

<sup>56</sup> L. MALERBA, *Il rapporto medico – paziente: aspetti sociali e bioetici*, in *Interconoscenza – Rivista di psicologia, psicoterapia e scienze cognitive*, Vol. 5, n. 1 – 2, 2007, 57 ss. Su questa scia si giunse a ritenere giusto il pagamento dell'operato del medico per la fatica che quest'ultimo doveva fare per venire in possesso di un corpo di

Ciò si riverbera, chiaramente, anche sul profilo comunicativo, costantemente connotato da un tendenziale atteggiamento di reticenza del medico, obbligato a tenere conto delle esigenze psicologiche del malato, oltre che delle eventuali difficoltà relative alla precisa formulazione di una prognosi<sup>57</sup>.

Nel dettaglio, il medico, rapportandosi al paziente, doveva dimostrare fermezza, ma anche dolcezza ed affabilità nel parlare, in guisa tale da rassicurarlo psicologicamente, servendosi, per quanto possibile di formule cautelative e vaghe, nonché di vere e proprie “parabole”, che gli guadagnarono l’appellativo di *parabolanus*<sup>58</sup>.

Ma, nel contempo, investito dell’autorità che gli derivava dal suo percorso professionale, aveva un preciso dovere di guidare secondo scienza e coscienza il malato, di decidere e di scegliere per lui. La scelta operata dal paziente poteva considerarsi limitata alla semplice individuazione del medico cui affidarsi, sulla base di un consenso generico e non di una proposta terapeutica, che determinava la nascita in capo al sanitario del dovere di curare il proprio assistito con ogni mezzo<sup>59</sup>.

Ancora una volta, però, la relazione smarriva la sua configurazione duale, arricchendosi, come in epoca romana, dell’inserimento di un terzo

---

conoscenze molto vasto. Tuttavia, data la derivazione divina del sapere scientifico, il medico nel suo intervento non doveva abbandonare la dimensione caritatevole, sicché era necessario soccorrere gratuitamente gli indigenti, che non disponevano di risorse sufficienti per il pagamento stesso.

<sup>57</sup> F. P. CASAVOLA, *Bioetica*, cit., 66.

<sup>58</sup> C. CRISCIANI, ‘*Infirmis*’, *terapia spirituale e medicina*, in AA. VV., *La scienza bizantina e latina: la nascita di una scienza europea. Aspetti etici e sociali della medicina*, da [www.treccani.it/enciclopedia](http://www.treccani.it/enciclopedia) (accesso del 03 - 10 - 2015). In altre parole, la gamma di sfumature tra verità e reticenza col paziente e coi congiunti, tra critica aperta e solidale copertura verso i colleghi professionisti – specie se chiamati a consulto – doveva essere accuratamente calibrata dal medico, il quale «deve tenere conto contemporaneamente delle esigenze psicologiche del malato, della propria fama, delle effettive difficoltà scientifiche nel formulare diagnosi e prognosi, delle insidie della concorrenza, nonché dell’intromissione necessaria, ma talora improvvida, di parenti, di amici, di infermieri».

<sup>59</sup> G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico – paziente*, cit., 5 ss.

protagonista: la famiglia del paziente. In specie, i familiari andavano informati adeguatamente circa la situazione patologica del malato in quanto dovevano adoperarsi per il raggiungimento della sua guarigione, fornendo l'opportuna assistenza, ma non anche in quanto effettivamente partecipavano delle scelte terapeutiche<sup>60</sup>.

La caratterizzazione dotta della figura medica, coeva alla diffusione delle istituzioni universitarie, subisce, però, una parziale flessione nel Trecento, con la diffusione della tremenda epidemia di peste nera, che decima la popolazione europea. Infatti, dinanzi all'inesorabile progressione del morbo, la medicina teorica sembrava fallire il proprio scopo istituzionale ed i sanitari rinvenivano nell'ineluttabilità della peste un grande alibi per i propri insuccessi.

L'incapacità del sistema ippocratico-galenico a spiegare il contagio e l'epidemia alimentava le prime dure critiche a un apparato di formazione scientifica e professionale molto spesso dominato dal valore della *doctrina*, spingendo la ricerca medica verso un metodo basato sull'osservazione, sulla pratica e sulla sperimentazione<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> F. P. CASAVOLA, *Bioetica, cit.*, 66 ss. Sotto questo profilo, si riscontra una differenza significativa rispetto alla medicina praticata nei monasteri, posto che, riconoscendo alla materia un fondamento religioso, automaticamente si sviliva il ruolo della famiglia nel processo di guarigione, non risultando i familiari idonei ad accompagnare il malato lungo il suo percorso di redenzione, in virtù della mancanza di un loro effettivo collegamento con Dio.

<sup>61</sup> J. AGRIMI, *La professione mediche*, in AA. VV., *La scienza bizantina e latina: la nascita di una scienza europea. Aspetti etici e sociali della medicina*, da [www.treccani.it/enciclopedia](http://www.treccani.it/enciclopedia) (accesso del 03 - 10 - 2015). L'autore osserva ulteriormente che l'esperienza della peste determina una nuova rivalità tra i fisici e i chirurghi. I primi ricercano le cause universali e particolari nelle congiunzioni astrali e nella fisica degli umori, e redigono consigli, che si consolideranno in genere letterario, il più importante dei quali riguarda le modalità con le quali preservarsi dal contagio fuggendo i luoghi della "pistolenza". I secondi, invece, mettono in evidenza lo scarto tra questa elaborata eziologia e una terapia medica inadeguata a base di dieta e di pozioni; più sicuro appare il terzo strumento della medicina antica, la chirurgia appunto. A Padova, per esempio, fisici e barbieri fanno fronte comune contro i chirurghi, che minacciano la posizione sociale dei primi e contendono la clientela dei secondi. La maggiore concorrenza, con la crescente rivalità tra gli operatori della salute, trova riscontro anche in alcune decisioni assunte dalle autorità pubbliche; molte città in epoca

Da un lato, l'accostamento al malato si fa contestualmente fisico e storico: fisico, tramite lo sguardo ed il tocco; storico, tramite l'anamnesi e la prognosi, che comprime nel momento cruciale della malattia presente, passato e futuro, ossia i tre tempi della vita dell'uomo. Dall'altro, attorno ai professionisti della scienza, ma anche indipendentemente da essi, iniziano a lavorare gli empirici, ossia gli esercenti pratici dell'arte medica, alternativamente declinabili quali chirurghi, barbieri e flebotomi, che si occupano di cauterizzare e salassare i malati di peste.

Nasce così un sistema paramedico di controllo della peste e, più in generale, di ogni pestilenza, sistema che, tuttavia, si dimostrerà in larga parte fallimentare<sup>62</sup>.

Ad ogni modo, nel passaggio tra Medioevo e Rinascimento, l'Italia cominciava a percorrere la via del moderno sviluppo economico, insidiato dalla diffusione della surriferita epidemia di peste. Da ciò derivava la necessità di un sempre più penetrante controllo statale degli istituti ospedalieri, in guisa tale da garantire l'orientamento finalistico

---

di epidemia, mentre concedono ai medici condotti di allontanarsi – ma non troppo – dai luoghi malsani, incaricano gli ufficiali di sanità di trovare un sostituto, un “medico della peste”, tra chirurghi, barbieri, e persino donne anziane. Tale dualità è evidenziata anche in L. MALERBA, *Il rapporto medico – paziente, cit.*, ove si osserva che, nel periodo medioevale, la figura del medico è destinata a convivere e in parte a competere con altre figure di rango inferiore, ma provviste di riconoscimento legale, quali quelle dei barbieri – chirurghi e degli speziali. I primi hanno il compito di portare a termine operazioni chirurgiche esterne semplici quali il salasso e l'applicazione di medicamenti esterni, mentre i secondi si occupano di vendere i medicinali. Trattasi, però, di figure professionali che rivestono una innegabile posizione di subordinazione rispetto al medico, posto che il loro operato è legato al benessere concesso dal medico stesso attraverso ricette e prescrizioni di intervento, che costoro portano ad esecuzione.

<sup>62</sup> G. COSMACINI, *Storia della medicina e della sanità in Italia: dalla peste nera ai giorni nostri*, Roma, 2005, 32 ss. Nel contempo, un altro sistema di controllo della peste muove i suoi primi passi, in Italia, nel cinquantennio successivo alla diffusione della peste nera. A Venezia e a Firenze vengono infatti nominati dei funzionari cui viene assegnato il compito di operare per la conservazione della salute, sorvegliando i mercati, accertando la provenienza delle merci e dei mercanti, vigilando sulle transazioni, impedendo la rivendita di suppellettili ed indumenti appartenuti a individui malati di peste.



dell'assistenza verso la repressione dei fenomeni che minano il funzionamento ed il progresso dell'ordine economico e sociale costituito.

L'ospedale diventava così uno specifico luogo di ricovero, nel quale si obliterava il profilo della carità, definitivamente sostituita dalla tecnologia medico – assistenziale. Aveva quindi inizio una nuova era sanitaria, nella quale il vecchio ospizio caritativo veniva definitivamente soppiantato dal nuovo ospedale, spazio ove il medico, ispirandosi ad un'etica professionale diversa dalla *pietas* e dalla *caritas*, poteva coltivare il suo «astratto universalismo scientifico», facendo leva sulla neutralità della pratica terapeutica<sup>63</sup>.

In tale contesto, la rinnovata prevalenza della terapia fa sì che i malati non entrino più nel luogo di cura per essere accompagnati lungo il loro percorso verso la salvezza, quanto, piuttosto, per esservi curati e raggiungere possibilmente la guarigione, sì da poter attivamente contribuire allo sviluppo del contesto economico – sociale. E, dunque, la pratica curativa, gestita per le rispettive aree di competenza dal personale amministrativo sanitario, prevale sulle opere di assistenza spirituale affidate al personale religioso, che solo indirettamente si ingerisce nell'assistenza corporale degli infermi<sup>64</sup>.

Non può omettersi di rilevare, però, che proprio in questo periodo si assiste ad una considerevole diversificazione dell'assistenza medica. In particolare, l'atteggiamento terapeutico assunto nei confronti delle persone appartenenti alle classi abbienti, in grado di corrispondere al medico laute retribuzioni, pur mantenendo una sfumatura paternalistica dovuta alla superiorità culturale, si connota per una cortesia ed una disponibilità estranee alla realtà ospedaliera<sup>65</sup>. E proprio in tali contesti si radica la

---

<sup>63</sup> J. AGRIMI, C. CRISCIANI, *Medicina del corpo*, cit., 322.

<sup>64</sup> G. COSMACINI, *Storia della medicina*, cit., 62.

<sup>65</sup> L. MALERBA, *Il rapporto medico – paziente*, cit., 58. A tale proposito, può ricordarsi che una delle motivazioni che si collocano alla base della fondazione degli ospedali è

gemmazione di larvate forme dialogiche tra medico e paziente e di modalità più penetranti di interazione con la realtà familiare.

### **1.1.3. *Il timido incedere della persona verso il centro dell'universo***

Come già innanzi osservato, nel passaggio tra Medioevo e Rinascimento, la mercantilizzazione dell'economia ed i traffici con i paesi lontani e diversi imprimevano una significativa accelerazione alla circolazione e diffusione delle malattie infettive, contribuendo all'«unificazione microbica del mondo»<sup>66</sup>. In questo periodo, la società italiana diveniva una “società aperta”, ai commerci, agli scambi interculturali, alle invasioni e, non da ultimo, alla libertà di ammalarsi. D'altra parte, esemplificativa in tal senso può considerarsi l'importazione, attraverso il grano, il topo nero e la pulce indiana, del bacillo della peste, nonché, alcuni anni più tardi, tramite la Spagna, della sifilide.

Assecondando questa linea evolutiva, gli uffici di sanità italiani, operanti all'interno delle città di maggiore dimensione, diventavano progressivamente degli istituti esemplari, costantemente imitati a livello europeo. I confini di difesa si allargavano, i posti di guardia si spostavano dalle porte delle cittadine ai traghetti e ai ponti fluviali, ai valichi alpini, alle frontiere politiche; una rete capillare di informazioni legava tra loro i

---

proprio quella di differenziare l'assistenza rispetto a quella di stampo monastico, realizzando una scissione tra gli infermi ed i poveri e concedendo assistenza o, comunque, assistenza qualificata, soltanto ai primi. Si nota, quindi, come già circa dieci secoli or sono si proponevano delle situazioni di sconcertante attualità, come quelle legate alla differente considerazione nella quale i medici tenevano i pazienti privati rispetto a quelli delle strutture pubbliche. In tale quadro, muta anche il ruolo del malato, quantomeno del malato benestante, in virtù della diffusione di una pratica denominata “patto di guarigione”, attraverso la quale il paziente si impegnavo a pagare il curatore solo a guarigione ottenuta, acquisendo in tal modo una posizione di vantaggio nei suoi confronti.

<sup>66</sup> E. LA ROY LADURIE, *Un concept: l'unification microbienne du monde (XIV – XVII siècles)*, in *Revue suisse d'Histoire*, n. 23, 1973, 627 ss., in G. COSMACINI, *L'arte lunga*, cit., 223.

maggiori stati italiani. Il tutto, in un grande sforzo comune teso a salvaguardare lo stato di salute dell'intera penisola, onde garantire la sostenibilità economico – sociale del progresso commerciale.

Nel contempo, la successiva trasformazione delle armi belliche poneva ai chirurghi l'assillo delle lesioni da arma da fuoco, delle grandi emorragie e delle frequenti cancrene, e ciò determinava la conseguente trasformazione del loro strumentario e delle loro tecniche operative. Si verificava, infatti, un significativo approfondimento dello studio anatomico, posto che la congiuntura bellico – epidemica dei primi decenni del Cinquecento assicurava una ampia disponibilità di cadaveri da “aprire”<sup>67</sup>. Questa tipologia di indagine, peraltro, svolgeva un ruolo fondamentale nel mandare in fibrillazione l'*ipse dixit* galenico; attraverso lo studio anatomico, infatti, diveniva possibile spingersi oltre l'anatomo – fisiologia galenica, adoperando il rigore metodologico di derivazione araba, fondato su di una modalità di ragionamento di stampo matematico<sup>68</sup>.

La scienza medica, inoltre, mutava ancora la sua fisiologia di galenica memoria all'alba del Seicento, attraverso l'acquisizione di quelle basi scientifiche che, in parte, ancora oggi i medici collocano a fondamento della loro attività sanitaria.

Detta evoluzione emergeva attraverso due direttrici. Una di esse si condensava nella “medicina statica” del medico istriano Santorio Santorio ed aveva come sfondo la rivoluzione scientifica attuata in Italia da Galileo Galilei. Consisteva, infatti, in una radicale trasformazione metodologica ed

---

<sup>67</sup> G. COSMACINI, *Storia della medicina e della sanità in Italia. Dalla peste europea alla guerra mondiale. 1348 – 1918*, Roma – Bari, 1988, 69 ss.

<sup>68</sup> L. R. ANGELETTI, *Storia della medicina, cit.*, 149. Ad esempio, a Bologna Teodorico, che era allievo e forse figlio di Ugo Borgognoni, scrive nel 1267 il *De cyrurgia*, un trattato nel quale nega il principio di galenica memoria per il quale le ferite devono necessariamente guarire dopo una fase di produzione di pus; invero, secondo lo studioso le affermazioni di Galeno contrastano inesorabilmente con l'evidenza delle guarigioni ottenute curando l'igiene della ferita. Queste osservazioni vengono poi riprese da Henri de Mondeville, suo studente a Bologna e poi docente di anatomia e chirurgia a Montpellier, rappresentando una spinta decisiva per la revisione dell'edificio galenico.

epistemologica della conoscenza medica, attraverso l'applicazione del metodo galileiano "risolutivo" (analitico, induttivo) e "compositivo" (deduttivo), fondato sulla scomposizione dei fatti naturali in elementi concettuali semplici e sulla ricomposizione degli stessi in ipotesi da dimostrare attraverso l'esperienza e l'osservazione<sup>69</sup>.

In altre parole, con Galileo il metodo sperimentale quantitativo diviene il fondamento di ogni sapere scientifico, in quanto la riproduzione sperimentale dei fenomeni acquista il potere di scardinare ogni residuo legame tra accadimenti naturali e intervento divino, gettando le basi per l'indagine medica moderna<sup>70</sup>.

L'altra coincideva con la "medicina cinematica" del medico inglese William Harvey e si fondava sull'analisi e sulla dimostrazione del moto del cuore e del sangue. Nel dettaglio, Harvey perveniva alla dimostrazione del moto circolare del sangue attraverso lo studio minuzioso delle *ligaturae* dei vasi sanguigni delle braccia e delle gambe. Nel contempo, detta impostazione dogmatica rinveniva il suo radicamento ideale più profondo in una concezione "monarchica" della natura, che, in ottica assolutistica, alla concezione del sole quale cuore del macrocosmo faceva

---

<sup>69</sup> G. COSMACINI, *L'arte lunga*, cit., 267 ss.

<sup>70</sup> L. R. ANGELETTI, *Storia della medicina*, cit., 162. L'Autore ricorda che Galileo inizia i suoi studi superiori a Pisa nel 1581, e, a partire dal 1583 si dedica alla matematica, nella quale emerge rapidamente divenendo professore nel 1589. Le sue teorie sulla conoscenza matematica, tuttavia, irritano profondamente gli altri professori, sicché decide di trasferirsi a Padova nel 1592, continuando ad insegnare matematica ma dedicandosi anche a studi di cosmologia ed astronomia, nonché pubblicando taluni saggi relativi a queste ultime materie che gli conferiscono una considerevole notorietà; diviene, infatti, matematico alla corte di Cosimo II dei Medici e stringe amicizia con Federico Cesi, che gli pubblica, sotto l'egida dell'Accademia dei Lincei, un libro sulle macchie lunari, con il quale si oppone definitivamente alla visione tolemaica dell'universo, appoggiando le teorie copernicane; Cfr. anche G. GALILEI, *Il saggiaiore*, a cura di L. SOSIO, Milano, 1965, 38 ss.

simmetricamente corrispondere l'inquadramento del cuore quale sole del microcosmo costituito dall'essere umano<sup>71</sup>.

In definitiva, con il Rinascimento si gettano le basi per una medicina secolarizzata, integralmente basata sull'osservazione empirica e spiegata attraverso il principio di causalità. Espressivo di tale trasformazione è anche il modello di salute proposto da René Descartes, tale da rievocare sotto molti aspetti il metodo di indagine galileiano; esso si incentra, difatti, su di una visione meccanicistica del corpo umano, fondata sulla spiegazione scientifica di regole fisse che attendono al funzionamento dei processi biologici<sup>72</sup>.

In particolare, osservando il corpo dell'uomo e la sua attività in base alla disposizione anatomica degli organi ed al muoversi meccanico delle loro parti, il filosofo riesce a spiegarne il funzionamento obliterando il contributo dell'anima. Il corpo diventa così mera estensione di parti scomponibili, materia inerte, animata dalle sole attività riconducibili agli spiriti animali, che operano sulla base di leggi meccaniche<sup>73</sup>.

Ciò nondimeno, lungo quest'arco temporale non sembra subire radicali trasformazioni l'impostazione sostanziale del rapporto medico paziente, connotata inevitabilmente, al fondo, da una logica ancora paternalistica.

---

<sup>71</sup> G. COSMACINI, *L'arte lunga*, cit., 267 ss., il quale osserva che le teorie di Harvey sembrano rinvenire una corrispondenza politica nel pensiero di Hobbes, del quale era amico. Invero, Hobbes faceva del suo *Leviatano* la metafora della macchina dello stato assoluto costruendo un'immagine del mondo e dell'uomo intesi come macchine costituite da materia in movimento; Cfr. anche W. HARVEY, *Opere*, a cura di F. ALESSIO, Torino, 1963, 3 ss.; M. BALDINI, *William Harvey e le ricerche sul cuore nei secoli XVII e XVIII*, in *Il cuore. Dal circolo cosmico al trapianto*, Milano, 1997, 131 – 167; F. PUCCINOTTI, *Storia della medicina. Volume terzo. Medicina moderna*, Prato, 1866, il quale evidenzia che gli argomenti principali sui quali si concentrò lo studio di Harvey riguardano le modalità di generazione della vita negli animali e le modalità attraverso le quali ogni parte organica e funzione dell'organismo si preserva e perpetua nel tempo.

<sup>72</sup> C. CASONATO, F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico*, cit., 44 – 45.

<sup>73</sup> M. T. CATENA, *Corpo*, cit., 59 – 59.

Il medico continua ad esercitare sul malato un potere esplicito, scevro da complessi di colpa e non bisognoso di giustificazioni, come chiaramente traspare dalle parole adoperate da Rodrigo de Castro, medico del secolo XVII, nel suo *Medicus politicus*, trattato all'interno del quale costui afferma che come il sovrano governa lo Stato e Dio governa il mondo, il medico governa il corpo umano. Si tratta di un potere assoluto, in cui chi sta in posizione dominante determina in modo autoreferenziale che cosa è autorizzato a fare a beneficio del paziente, senza la necessità di ottenere un consenso che vada oltre quello implicito nell'affidamento fiduciario, che si sprigiona attraverso la semplice scelta del sanitario. Nessun dovere etico – professionale impone al medico di dare conto al malato della diagnosi e della terapia prescritta, dovendo questo soltanto interfacciarsi con i familiari, unici veri soggetti con i quali viene ad instaurarsi un'autentica “alleanza terapeutica”<sup>74</sup>.

Anzi, proprio lo sviluppo dell'anatomia, della fisiologia e della chimica, conferendo definitivamente alla medicina una dignità scientifica, accentuava la frattura intellettuale e spirituale intercorrente tra medico e paziente, dissolvendo gradualmente la posizione di centralità tendenzialmente rivestita da quest'ultimo per consacrare, quale fulcro dell'indagine sanitaria, la malattia e la disfunzione.

Ciò nondimeno, non tutti condividono la nettezza di tali affermazioni, evidenziando, piuttosto, come a partire dal secolo XVI si assistesse ad un processo di crescente emancipazione dell'individuo, sulla spinta delle grandi rivoluzioni politiche e religiose alimentate da pensatori come Locke e Kant, i quali trasformano idealmente la sudditanza degli uomini in un rispetto reciproco, gettando le basi per la concezione in virtù della quale ciascun individuo è un soggetto autonomo ed indipendente, in grado di

---

<sup>74</sup> S. SPINSANTI, *Cambiamenti nella relazione tra medico e paziente*, in *XXI Secolo* (2010), da [www.treccani.it](http://www.treccani.it) (accesso del 06 – 10 – 2015).

esprimere la propria personalità attraverso l'utilizzo del ben dell'intelletto. Il tutto, però, pur sempre ammettendo che, per l'effettivo ed autentico riconoscimento di una libertà di autodeterminazione dell'individuo malato dovrà comunque attendersi il secolo XX<sup>75</sup>.

Ad ogni modo, nel passaggio tra il Seicento ed il Settecento, la trasformazione tecnico – empirica della scienza medica, ormai inestricabilmente legata, nel suo incedere, alla matematica, alla fisica, alla chimica, produceva una crisi delle istituzioni universitarie, i cui metodi di insegnamento si dimostravano spesso atavicamente ancorati ai modelli della tradizione aristotelico – galenica, non più idonei ad interfacciarsi con la surriferita rivoluzione metodologica. Parallelamente mutava anche la prassi medica: «clisteri, salassi e purganti lasciano il campo a una ideologia terapeutica che vede nel malato il miglior medico di se stesso» e richiede al medico una maggiore osservazione della «*magna vis medicatrix naturae*», diffondendosi l'uso di farmaci naturali e sperimentali<sup>76</sup>.

Su base scientifica si perveniva alla elaborazione di nuovi farmaci ed i medici diversificavano le loro proposte terapeutiche, valorizzando la quotidiana pulizia degli intestini, il mantenimento di un adeguato ritmo sonno – veglia, l'alimentazione equilibrata, la frequenza dei bagni termali. A ciò si accompagnava, peraltro, una grande espansione degli ospedali, sia generali che specialistici, concepiti oramai non solo quale luogo di

---

<sup>75</sup> G. VICARELLI, *L'ideale del medico*, cit., 349; cfr. anche C. GALLIGANI, *Repubblica, democrazia, costituzioni nella società civile e nello Stato*, Roma, 2005, 51 – 52, il quale, nel rimarcare l'importanza di questo passaggio politico, evidenzia che Locke giunge ad ammettere il diritto di resistenza da parte del popolo che, se governato ingiustamente, ha il diritto di ribellarsi e cambiare le classi dirigenti. Detta impostazione si fonda su di una concezione dello stato di natura opposta rispetto a quella hobbesiana: nello stato di natura non c'è guerra fraticida fra gli uomini, ma le leggi di natura inducono l'uomo a collaborare con gli altri, sicché questo deve concepirsi come punto di riferimento che occorre costantemente tenere presente nel valutare l'operato delle strutture istituzionali.

<sup>76</sup> G. COSMACINI, *Storia della medicina, 1348 – 1918*, cit., 202.

assistenza bensì anche quale sede privilegiata per lo svolgimento di attività didattica<sup>77</sup>.

Nel contempo, il Settecento si caratterizzava per uno straordinario incremento demografico, che andava di pari passo con la scomparsa, sul piano epidemico europeo, della peste. Al contrario, la malattia maggiormente diffusa era costituita dal vaiolo, fronteggiato attraverso un meccanismo frutto dell'osservazione empirica, ossia quello della "vaiuolazione". Nel dettaglio, si metteva un po' di pus preso da pustole mature su una leggera incisione fatta sulla pelle di una persona che non aveva la malattia, provocando la stessa in una forma attenuata, preventiva di un male maggiore.

Tale "innesto" settecentesco costituiva la dimostrazione definitiva che la medicina scientifica, lungi dal risultare frutto dell'esclusiva riproposizione dei classici, è fitta di ispirazioni fornite dalla pratica della medicina popolare, rievocandosi, in tal caso, una tecnica adoperata dalle donne cinesi e caucasiche. D'altro canto, il "favoloso innesto" alimentava la bipartizione del personale sanitario in genere nel campo di due schieramenti ideologicamente contrapposti: quello "oscurantista", in cui militava chi si contrapponeva alla pratica materiale della medicina rievocando i fasti dell'età dell'oro aristotelico – galeniana, e quello "illuminista", alimentato dalla divulgazione, sul piano europeo, del raziocinio dei "lumi", in cui militava chi si schierava a favore di una pratica efficace in quanto figlia della "ragione vera", contrapposta alla cieca ignoranza<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> P. MAZZARELLO, *Rapporto terapeutico*, cit., 24; Cfr. anche R. PORTER, *Blood and guts*, Londra, 2003, 135 – 152, il quale sottolinea che il più ampio dei surriferiti ospedali era l'Allgemeines Krankenhaus (Ospedale generale) di Vienna che, ricostruito nel 1784 dall'imperatore Giuseppe II su di un precedente ricovero, disponeva di ben 2000 posti letto, esprimendo pienamente la volontà amministrativa centralizzata dello stato asburgico.

<sup>78</sup> G. COSMACINI, Prefazione a B. M. ASSAEL, *Il favoloso innesto. Storia sociale della vaccinazione*, Roma – Bari, 1995; cfr. anche L. SCHIEBINGER, *La sperimentazione umana. Sesso e razza nel XXVIII secolo*, in AA.VV., *Corpi e storia. Donne e uomini*



Ciò nonostante, i reali progressi scientifici realizzati durante questo periodo, tra i quali è possibile valorizzare, per la loro significatività, la cura del vaiolo attraverso la produzione artificiale dell'infezione, la scoperta del sistema linfatico, l'introduzione del metodo della percussione per individuare le alterazioni del polmone, non furono particolarmente numerosi, e dovrà attendersi il successivo secolo XIX per assistere alla effettiva proliferazione di scoperte scientifiche e tecniche.

Invero, in tale periodo, sulla spinta dell'Illuminismo, la medicina veniva condizionata in modo senza dubbio positivo dalle acquisizioni di altre scienze quali la fisica, la matematica, la chimica, nonché dalla rapida diffusione degli strumenti di ingrandimento ottico e dalla complessificazione dello strumentario del medico, oramai composto dal fonendoscopio, dall'oftalmoscopio, dallo sfigmomanometro e da altri strumenti per la diagnosi elettrofisiologica e radiologica<sup>79</sup>.

E, ancora, l'avanzamento delle tecniche di microscopia consentiva l'approfondimento delle osservazioni anatomo – patologiche sugli organi del corpo umano, rendendo possibile la cd. “diagnosi differenziale” della

---

*dal mondo antico all'età contemporanea*, Roma, 2011, 193 ss. L'Autore riporta che la vaiolizzazione era stata introdotta in Europa da Turchia e Cina, e in Nord America da Europa e Africa, all'inizio del XVIII secolo, ma tra i medici il dibattito sull'efficacia e la sicurezza di questo metodo era ancora molto acceso. Ci si chiedeva, per esempio, se fosse sicuro inoculare donne mestruate, o persone già affette da un'altra malattia. Importanti informazioni furono ricavate, a scapito della tutela della persona umana, da una sperimentazione condotta da John Quier, un medico formatosi in Inghilterra e in Olanda, il quale nel 1768 diede inizio a una serie di esperimenti di inoculazione che durarono sei anni e coinvolsero almeno 850 (e forse quasi 1000) schiavi della piantagione posta sotto la sua tutela in Giamaica.

<sup>79</sup> G. ARMOCIDA, E. BICHENO, B. FOX, *Storia della medicina*, cit., 42 ss., il quale rileva che, nel passaggio tra il Settecento e l'Ottocento, se parte della medicina rimaneva ancorata a vetuste speculazioni teoriche, d'altro canto la ricerca fisiologica si andava collegando in maniera sempre più stringente all'interpretazione dei meccanismi della vita secondo le leggi rinnovate della chimica e della fisica. Le diverse scienze ed i loro protagonisti concorrevano sempre più ad arricchire gli strumenti e le speranze della medicina, mentre tramontava la concezione che riassumeva nella stessa persona l'identità del medico e dello scienziato, come era stato generalmente riconosciuto in passato.

malattia, fondata sull'analisi delle differenze intercorrenti tra l'organo malato e quello sano. Parallelamente, l'introduzione degli strumenti radiologici rendeva possibile l'osservazione di parti del corpo umano prima inaccessibili, incrementando ulteriormente l'efficacia della suddetta tecnica diagnostica<sup>80</sup>.

Un tale avanzamento tecnico, peraltro, stimolava ed imponeva una profonda trasformazione delle istituzioni ospedaliere che si avviavano a diventare luoghi privilegiati per il reclutamento della classe medica, ormai preparata attraverso una formazione che combinava inestricabilmente la teoria con la pratica, sebbene tale mutazione si articolasse secondo percorsi diversi a seconda che l'impulso al processo di modernizzazione venisse dato dall'amministrazione statale o dall'iniziativa privata. Ad esempio, in Inghilterra, l'impulso a modernizzare la professione nasce all'interno della stessa classe medica e attraversa, quale luogo di passaggio obbligato, gli ospedali, punto di riferimento di complesse ed articolate organizzazioni professionali, controllate da una élite sanitaria che monopolizza la formazione dei giovani colleghi, manipolando il loro processo educativo<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> L. MALERBA, *Il rapporto medico – paziente, cit.*, 63.

<sup>81</sup> P. FRASCANI, *Il medico nell'ottocento*, in *Studi storici*, Anno 23, No. 3, 622. Tuttavia, l'Autore osserva che, se questa è la situazione cittadina, nella più arretrata realtà delle periferie agrarie europee la medicina ufficiale appare per lungo tempo bloccata in uno stato di isolamento e di emarginazione, e si trova spesso a dover soccombere rispetto alla persistente diffusione della più economica "medicina popolare". E, ancora, che il confronto spesso combattivo tra indirizzi e scuole contrapposte della medicina ottocentesca incide pesantemente sulla stessa omogeneità della categoria professionale, influenzando i modelli di politica sanitaria adottati dai singoli stati a partire dagli anni '40 dell'Ottocento per elevare le condizioni igienico – sanitarie della popolazione e, dunque, preservare interessi superindividuali. Cfr. anche M. PELLING, *Cholera, Fever and English Medicine 1825 – 1865*, Oxford, 1978, che ha sapientemente evidenziato le modalità con le quali il dibattito, sviluppatosi nel panorama medico, circa l'intervento diagnostico e terapeutico relativo a talune malattie infettive ha influenzato l'evoluzione del sistema sanitario; L. FACCINI, *Storia sociale e storia della medicina*, in *Studi Storici*, Anno 17, No. 2 (Apr. – Jun. 1976) 260 ss.

Nel contempo, in Francia, il compito del medico si colorava di sfumature eminentemente politiche, diffondendosi l'ideale per il quale la lotta contro la malattia deve principiare dalla lotta contro i cattivi governi, che sono causa della diffusione della stessa. E nessuno più del medico, quotidianamente impegnato nello studio delle umane miserie, risulta in grado di denunciare la tirannia, nell'obiettivo di eliminare le diseguaglianze e, attraverso l'elaborazione di orientamenti dietetici e di vita generalizzati, affievolire l'importanza degli stessi medici, delle accademie e degli ospedali, quantomeno secondo la visuale prospettica di taluni<sup>82</sup>.

Ad ogni modo, all'evoluzione del sistema ospedaliero, ormai fulcro della formazione medica, accompagnata dalla diffusione della tecniche di nuova medicina, fa riscontro una riduzione evidente, nel panorama europeo, del tasso di mortalità e dei tempi medi di degenza. Il tutto, accompagnato dal consolidamento di una struttura professionale che, sia pure con tempi e modalità che variano da luogo a luogo, tende gradualmente ad estendere la pratica della medicina esercitata in forma controllata all'interno delle nuove istituzioni assistenziali<sup>83</sup>.

È solo nel tardo Ottocento, però, che viene a completarsi il lungo ed articolato processo di professionalizzazione del medico; e ciò attraverso lo sviluppo compiuto e la diffusione di codici di etica medica, la nascita di organismi istituzionali di regolamentazione degli accessi alla professione,

---

<sup>82</sup> M. FOUCAULT, *Nascita della clinica*, Torino, 1963, 48 - 49. Interessanti le parole dell'Autore, il quale afferma che «Se riuscirà ad essere politicamente efficace, la medicina non sarà medicalmente indispensabile. E in una società infine libera, in cui le diseguaglianze sono pacificate e in cui regna la concordia, il medico non avrà più un ruolo transitorio da svolgere: dare al legislatore ed al cittadino dei consigli per l'equilibrio del cuore e del corpo. Non ci sarà più bisogno di accademie e di ospedali: con semplici leggi dietetiche, che formino i cittadini alla frugalità, che facciano conoscere soprattutto ai giovani i piaceri di cui una vita, anche dura, è fonte, che facciano amar loro la più esatta disciplina della marina e dell'esercito, quanti mali prevenuti, quante spese soppresse, quanti nuovi agi, (...) per le più grandi e difficili imprese».

<sup>83</sup> P. FRASCANI, *Il medico nell'ottocento*, cit., 621 - 622; cfr. anche G. ARMOCIDA, E. BICHENO, B. FOX, *Storia della medicina*, cit., 42 ss.

quale ad esempio, il General Medical Council, lo sviluppo del mercato, della pratica e del commercio della medicina e l'acquisizione di una ben definita identità professionale<sup>84</sup>. Del resto, in conseguenza del processo generalizzato di industrializzazione che interessa l'Europa, la medicina assume sempre di più una dimensione economica e finanziaria, garantendo quell'ordine, quella sicurezza e quel benessere sociali che risultavano essenziali per lo sviluppo delle nuove società industriali e democratiche; e, in tale contesto evolutivo, i medici stessi si sentono minacciati dal penetrante controllo che gli stati moderni sembrano voler attuare nei loro riguardi, innescando meccanismi di autocontrollo ed autoregolazione che conferiscono alla professione una ben definita identità<sup>85</sup>.

Peraltro, nell'esperienza politica dello Stato di diritto ottocentesco, sembrava risaltare unicamente il profilo della messa a punto di strumenti e percorsi di protezione dell'ordine pubblico ed economico interno o internazionale, non attribuendosi particolare importanza alla salvaguardia effettiva della salute del paziente, intesa quale situazione giuridica soggettiva della persona<sup>86</sup>.

Tale evoluzione del quadro storico – sociale, accompagnata dall'istituzionalizzazione in chiave razionale della figura del medico, conduce ad una nuova riflessione circa i tratti ontologici del rapporto medico paziente, apparentemente connotato dall'embrionale dissolvimento di quei caratteri tradizionali che per oltre venti secoli si sono perpetuati subendo alterazioni soltanto marginali. Ciò rappresenta probabilmente il frutto dell'affermazione, già radicata nel secolo XVIII, del giusnaturalismo moderno, che avvia il processo di storicizzazione del principio di dignità

---

<sup>84</sup> A. MUSI, *La disciplina del corpo. Le Arti Mediche e Paramediche nel Mezzogiorno moderno*, Napoli, 2011, 9.

<sup>85</sup> G. VICARELLI, *L'ideale del medico*, cit., 350.

<sup>86</sup> R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. V, Milano, 2011, 5.

umana partendo dal concetto della libertà che caratterizza l'essere umano e che, in quanto essenza dell'ordine morale, deve distinguersi dall'ordine naturale, essendo l'ordine morale stesso l'unico a poter attribuire all'uomo la dignità<sup>87</sup>.

Invero, sebbene il riflesso del paternalismo sia ancora molto vivo nei testi della prima età contemporanea<sup>88</sup>, contestualmente si assiste alla

---

<sup>87</sup> T. PASQUINO, *Dignità della persona e diritti del malato*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. III, Milano, 2011, 544. L'Autore apprende il discorso inerente tale concetto, precisando che un primo significato della dignità rinvia alla definizione kantiana, che rinviene nel requisito dell'autonomia il principio fondante della dignità della natura umana e di ogni natura ragionevole, e ciò precisando che uno degli aspetti caratterizzanti l'uomo è proprio quello di riuscire a speculare sulla struttura motivazionale del proprio essere e del proprio agire in modo da poter essere sempre autore di una "scelta". In altra ottica, «il concetto di dignità implica di considerare che l'uomo, cui essa va riferita, è essere che rapporta se stesso ad altri; i quali rappresentano il compimento della soggettività umana e, allo stesso tempo, costituiscono il fondamento del suo esserci»; cfr. anche A. BOMPIANI, *Dignità della persona umana nella recente bioetica internazionale*, in [www.30giorni.it](http://www.30giorni.it) (accesso del 20 – 11 – 2015), il quale si sofferma sulle differenti concezioni della dignità umana nella tradizione cristiana e nell'interpretazione laica di matrice kantiana, richiamando emblematicamente le seguenti parole di tale ultimo autore: «Ma l'uomo considerato come persona è elevato al di sopra di ogni prezzo, perché come tale egli deve essere riguardato non come mezzo per raggiungere i fini degli altri e nemmeno i suoi propri, ma come un fine in sé; vale a dire egli possiede una dignità (un valore interiore assoluto), per mezzo della quale costringe al rispetto di se stesso tutte le altre creature ragionevoli del mondo ed è questa dignità che gli permette di misurarsi con ognuna di loro e di stimarsi loro uguale». Per una riflessione diacronica sul significato di dignità, G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014, 13 ss.

<sup>88</sup> Significative tracce di tale paternalismo si rinvennero anche in alcuni classici della letteratura. È interessante menzionare, al riguardo, L. N. TOLSTOJ, *Guerra e pace*, in *Russkij Vestnik*, 1865 – 1869, trad. it. di L. P. SAVOJ, M. B. LUPORINI, Milano, 2013, 120 ss., ove si descrive la figura del dottor Lorrain, chiamato ad assistere il morente conte Bezuchov. In tale occasione, il dotto medico formula una diagnosi infausta, della quale non rende pienamente edotti neanche i familiari del malato e si limita ad ordinare la somministrazione allo stesso di una bevanda, ordine puntualmente e supinamente eseguito dalle nipoti senza richiedere ulteriori delucidazioni. Esemplificativo, in tal senso, è anche F. DOSTOEVSKIJ, *Delitto e castigo*, in *Russkij Vestnik*, 1866, tra. it. di C. G. DE MICHELIS, Roma, 2012, 135 – 137, ove il medico Zosimov visita il paziente Raskòl'nikov a domicilio e, semplicemente osservandolo, formula una sua diagnosi, senza però comunicare la stessa alle persone che assistono il malato, ma limitandosi a pronunciare in maniera indolente le parole «Molto bene...tutto come dev'essere»; successivamente, senza dare ulteriori spiegazioni, si limita ad impartire degli ordini terapeutici: «Ma gli si può dare tutto...minestra, tè...Naturalmente non bisogna dargli

codificazione di alcune regole del corretto agire medico che sembrano tenere in particolare considerazione la posizione del paziente. In particolare, si impone al medico la necessità di valorizzare il profilo comunicativo, adoperando un linguaggio piano e comprensibile, che miri a convincere il paziente e non ad ingannarlo attraverso parole dotte. Di ciò si trova traccia, ad esempio, nelle parole di Thomas Percival, il quale afferma, nel 1803, all'interno del codice comportamentale dell'ospedale di Manchester, che «i medici devono studiare il loro portamento in modo da unire sensibilità con sicurezza e condiscendenza, con autorità in modo da ispirare le menti dei loro pazienti con gratitudine, rispetto e fiducia»<sup>89</sup>.

Nel contempo, nella già menzionata triade concettuale composta da malattia, paziente e medico si inserisce in maniera più prepotente la famiglia, quale variabile idonea ad incidere sulle scelte terapeutiche. E ciò in quanto emerge la necessità di garantire la sistemazione degli interessi socio – economici della famiglia stessa; sicché, dinanzi ad una necessità siffatta, ed anche ove la mancata informazione del paziente possa, in virtù del suo influsso psichico, produrre un miglioramento del suo stato di salute, il medico deve necessariamente renderlo edotto della sua malattia, così che questi adempia al suo dovere di assicurare la felicità e la stabilità economica dei familiari<sup>90</sup>.

Ancora una volta, sul punto, ci vengono in soccorso le parole di Thomas Percival, il quale nella *Medical Ethics* prescrive al medico di tacere con il paziente grave ma di «dare tempestivamente alle persone vicine al malato

---

funghi o cetrioli e poi nemmeno carne bovina e... beh, che c'è da cianciare tanto! (...)  
Via la pozione, via tutto; e domani vedrò (...)).»

<sup>89</sup> T. PERCIVAL, *Medical Ethics: Or, a Code of Institutes and Precepts, Adapted to the professional conduct of physicians and surgeons*, Manchester, 1803, in L. R. ANGELETTI, V. GAZZANIGA, *Storia, filosofia ed etica generale della medicina*, Milano, 2008, 2 – 3.

<sup>90</sup> F. P. CASAVOLA, *Bioetica, cit.*, 66 – 67.

la notizia del pericolo, (...), e perfino al paziente stesso se assolutamente necessario»<sup>91</sup>.

E proprio il coinvolgimento della famiglia costituisce una via d'uscita dal modello paternalistico, rompendo la tradizionale dualità tra medico e paziente ed informando il dialogo informativo e persuasivo ad un maggiore tasso di razionalizzazione e socializzazione, attraverso l'imposizione al medico della divulgazione dei dati tecnici afferenti al suo sapere; inoltre, il malato non è più considerato quale corpo – oggetto isolato, ma quale padre, figlio, fratello o coniuge, cioè persona attiva e fondamentale all'interno di un dato microcosmo sociale, e ciò induce necessariamente il medico a riflettere sul valore della sua attività, che è etico – sociale, ancor prima che tecnico – naturalistica<sup>92</sup>.

Purtuttavia, sono numerosi i testi medici successivi che riprendono l'idea in base alla quale il paziente, lungi dal dover essere coinvolto nel dialogo con il medico, debba una sostanziale obbedienza alle sue prescrizioni, non potendo imputarsi a costui l'insuccesso terapeutico anche laddove la comunicazione non sia stata corretta e completa. Spesso il concetto di condiscendenza è utilizzato in differente accezione, segnalando la capacità professionale di trattare con chi è condannato, dalla sua condizione di ignoranza, a una posizione di inferiorità, rievocando in tal modo l'antico modello del paziente ignorante, a tratti perfino colpevole della sua malattia, non in grado di elaborare in via autonoma un percorso diagnostico – terapeutico corretto<sup>93</sup>.

Ancora netto si staglia lo spettro del paternalismo, non più però alimentato dalla trascendenza metafisica e religiosa della malattia, quanto piuttosto da

---

<sup>91</sup> T. PERCIVAL, *Medical Ethics: Or, a Code of Institutes and Precepts, Adapted to the professional conduct of physicians and surgeons*, Manchester, 1803, in F. P. CASAVOLA, *Bioetica*, cit., 67.

<sup>92</sup> F. P. CASAVOLA, *Bioetica*, cit., 68 ss.

<sup>93</sup> L. R. ANGELETTI, V. GAZZANIGA, *Storia, filosofia*, cit., 3.

un positivismo cieco di trascendenza e fiero di materialismo, tale forse da escludere dal pensiero scientifico una parte troppo grossa della persona umana<sup>94</sup>.

E, d'altra parte, proprio la mancata sottoposizione della scienza ad un giudizio religioso, apre la via, in alcuni paesi, ad una politica di sperimentazione selvaggia, anche all'insaputa delle ignare cavie, destinata a degenerare nel secolo successivo. Sintomatica, al riguardo, è l'esperienza del Tribunale di Lione che, nel 1859, si occupa di lesioni provocate all'insaputa dei pazienti da pratiche sperimentali svincolate da qualsiasi controllo<sup>95</sup>.

Sul medesimo binario si colloca l'introduzione, nella pratica clinica, dell'anestesia chirurgica, la quale, oltre ad essere utilizzata per vincere il dolore intraoperatorio, veniva talvolta adoperata anche per superare la resistenza di taluni pazienti, i quali si opponevano ad operazioni che i medici ritenevano, dall'alto della loro sapienza tecnica, necessarie per salvaguardare la salute o la vita di quegli stessi pazienti<sup>96</sup>.

Accanto ad avanzamenti scientifici straordinari, dunque, compare anche la tendenza a considerare il malato in termini di "oggetto di cura", frammentandone l'unitarietà e riducendone la ricchezza antropologica; il che, inevitabilmente, produce una generalizzata sottovalutazione della complessità delle diverse dimensioni – fisiche, psichiche, ambientali e sociali – della persona malata, isolando la spiegazione tipica delle scienze naturali dalla piena comprensione che caratterizza le scienze umane<sup>97</sup>.

In definitiva, per il radicale capovolgimento della prospettiva paternalistica e per la collocazione della persona umana al centro dell'universo

---

<sup>94</sup> P. FRANZINI, *Pensare la medicina, cit.*, 51.

<sup>95</sup> A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Cortina – Milano, 2001, 168.

<sup>96</sup> F. TUROLDI, *L'etica di fine vita*, Roma, 2010, 50.

<sup>97</sup> C. CASONATO, F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico, cit.*, 45.



biogiuridico i tempi non risultavano ancora maturi, dovendosi attendere, piuttosto, la verifica dei noti e drammatici fatti che, dopo aver stravolto l'Europa per circa un ventennio, avrebbero portato all'emanazione del Codice di Norimberga.

## ***1.2. L'alba del ventesimo secolo: culla di un'osmosi tra scienza ed aberrazione***

Come già innanzi osservato, le declinazioni del rapporto terapeutico si presentano strettamente ricollegate ai mutamenti del tessuto economico – sociale sul quale esso si innesta, e, dunque, alle concezioni di malattia, salute, consenso, autodeterminazione, diritto, scienza.

Non è un caso, quindi, che a periodi di accentuazione culturale e giuridica della tutela dei diritti fondamentali dell'uomo corrisponda una pregnante valorizzazione dell'autodeterminazione terapeutica, e che, al contrario, in epoche connotate da rapida ed intensa tecnologizzazione e specializzazione della medicina corrisponda una complessiva spersonalizzazione dell'individuo ed una rarefazione della sua realtà antropologica<sup>98</sup>.

Può dunque affermarsi che la configurazione autodeterministica del rapporto medico – paziente costituisce una prerogativa moderna e rappresenta il precipitato della secolarizzazione del principio di dignità umana, per il cui consolidamento dovrà però attendersi l'entrata in vigore, nello scenario europeo, dei testi costituzionali e la loro lettura evolutiva ad opera dei Giudici delle leggi<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> Ivi, 42.

<sup>99</sup> Significativa, al riguardo, Corte cost., 17 luglio 2000, n. 293, secondo cui «quello della dignità della persona umana è, (...), valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo», e deve dunque incidere sull'interpretazione di tutte le disposizioni legislative che evocano il comune sentimento della morale. La stessa libertà di pensiero, secondo la Corte, deve estrinsecarsi secondo modalità che non superino questo limite, in quanto concepita come presidio del bene fondamentale della dignità umana.

Ma, tornando indietro nel tempo, deve osservarsi come uno degli aspetti caratteristici e tradizionali della medicina scientifica iniziata in Europa nel secolo XIX sia costituito dalla sperimentazione clinica, metodo d'indagine che ha garantito alla stessa il raggiungimento di sempre più elevati livelli di efficacia.

Nel passaggio tra il XIX ed il XX secolo, difatti, la popolazione europea si era andata progressivamente accrescendo attraverso circa mezzo secolo di pace, accompagnata da una drastica diminuzione della mortalità da malattia e da una diminuzione meno rapida delle nascite<sup>100</sup>.

Nel panorama culturale si viveva un momento di assoluta esaltazione della scienza e della tecnica, alimentato dall'applicazione della tecnologia diagnostica e terapeutica alla sanità pubblica, nonché dal raggiungimento di più elevati livelli di igiene, che prometteva il conseguimento di risultati ancora migliori in termini demografici e di abbattimento della mortalità.

In altre parole, l'inizio del nuovo secolo conduceva con sé la convinzione che la medicina, incorporando dosi sempre più massicce di scienza, fisica, chimica, biologia, avrebbe potuto «raggiungere uno statuto di massima scientificità con una messe sempre più cospicua di ricadute tecno – pratiche a vantaggio dell'uomo; e sembrava definitivamente acquisita la figura ideale, qua e la realizzata, di un medico scientificamente preparato, tecnicamente agguerrito, umanamente partecipe, civilmente impegnato, schierato stabilmente a favore della vita nella sua pienezza, contro la morte, la malattia, la fame, la povertà, lo sfruttamento, il dominio incontrollato dell'uomo sull'uomo»<sup>101</sup>. Del resto, la miglior prova dell'attaccamento del paziente moderno alla medicina scientifica può essere rinvenuta nel declino, avvenuto nei primi decenni del Novecento, della ciarlataneria e nella conseguente dissipazione dei tradizionali rivali con i quali il medico

---

<sup>100</sup> G. MORTARA, *La salute pubblica in Italia durante e dopo la guerra*, Bari, 1925, 1.

<sup>101</sup> G. COSMACINI, *Storia della medicina*, cit., 358 – 359.

era costretto ad interfacciarsi nei secoli precedenti: praticoni, conciaossa, levatrici<sup>102</sup>.

E questa fiducia incontrastata nei confronti degli sviluppi della medicina sembrava travalicare anche le insidie ed i drammi portati dal primo conflitto mondiale, etichettato, pur in assenza di un'origine biologica, in termini di vera e propria epidemia, rievocando con la sua letalità e diffusività i fantasmi della Peste nera trecentesca. Invero, la Grande Guerra, pur determinando il travolgimento dell'ideologia del benessere garantito, contribuiva forse a focalizzare l'attenzione degli organismi statali sulla sperimentazione e sulla ricerca, intesi quali strumenti per il superamento della suddetta degenerazione epidemica e per la sopravvivenza dei gruppi umani, nonché per il ripristino di più elevati livelli di qualità della vita.

Nasceva così la figura del paziente moderno, che si caratterizzava per due elementi ben precisi: da un lato, la maggiore e generalizzata sensibilità per le condizioni interne dell'organismo, che provocava l'ingresso, nei gabinetti dei medici, di figure spesso refrattarie alle cure sanitarie, quali donne e bambini, con conseguente sviluppo della pediatria; dall'altro, per la sua fiducia incondizionata nella figura del medico, non più concepito quale mero distributore di farmaci, bensì quale vero e proprio guaritore. Detta fiducia rappresentava, del resto, il naturale precipitato dei surriferiti processi evolutivi, orientati a consolidare in via definitiva il fondamento tecno – scientifico dell'attività del sanitario, con conseguente piena disponibilità del paziente ad assoggettarsi all'"autorità medica", delineando

---

<sup>102</sup> E. SHORTER, *La tormentata storia del rapporto medico paziente*, Milano, 1986, 99. L'autore, in un confronto tra il continente europeo e quello americano, evidenzia che nel territorio degli Stati Uniti d'America risultava ancora piuttosto diffuso il culto della "quaccheria", posto che ancora negli anni '20 era possibile elencare almeno una dozzina di terapie magiche costantemente – sebbene non diffusamente – praticate, tra le quali la *Limpio Comerology* e la *Naprapatia*. Tuttavia, come osservato, il seguito di questi culti superstiti andava progressivamente scemando, come evidenziato dall'indagine 1928 – 1931 sull'andamento delle patologie in America, dalla quale risultava che non più del 10 per cento dei pazienti visitati da medici presso ottocentomila famiglie si era lasciato invischiare nella rete dei "praticanti non medici".

un rapporto per la cui ulteriore modificazione dovrà attendersi la seconda metà del secolo XX<sup>103</sup>.

E questa era la situazione che caratterizzava anche l'Italia all'alba del ventennio fascista, allorquando la creazione di regimi assicurativi speciali, il mutualismo libero ed occupazionale, la riforma degli ospedali, sancivano una consistente evoluzione delle politiche sanitarie, che acquisivano una struttura di carattere corporativo, ampiamente governata dal partito fascista<sup>104</sup>. Entro questa cornice, ai medici veniva affidato il compito di controllare il comportamento delle nuove e vecchie generazioni di italiani, attraverso un processo di medicalizzazione del lavoro, della vita quotidiana, della famiglia, ispirato da un'esaltazione della medicina scientifica,

---

<sup>103</sup> Ivi, 86 – 87, ove si osserva che tale trasformazione, che rinveniva la sua origine negli ultimi decenni dell'Ottocento, determinava l'instaurazione, tra medici e donne, di un rapporto di più stretta e reciproca dipendenza: le donne dipendevano dal medico per liberarsi di tutta una serie di sofferenze nervose, spesso derivanti anche dalla gravidanza, mentre il medico cominciava a dipendere quasi interamente dalle donne per le sue necessità reddituali. Peraltro, ed in senso più generale, il consolidamento della fiducia riposta nel medico è attestato da numerosi studi condotti nei primi decenni del Novecento. Ad esempio, negli anni '30, in un quartiere periferico di Londra si erano rivolti al medico il 30 per cento dei portatori di sintomatologia cronica, contro il 27 per cento dei londinesi calcolati su settecento casi di malattia riferiti al biennio 1953 – 1954.

<sup>104</sup> Merita però segnalare che questa evoluzione delle politiche sanitarie, tipica delle realtà cittadine, interessò solo marginalmente le campagne, ove l'apparato statale era ancora visto quale entità astratta e lontana dai bisogni dei cittadini ed il sapere medico manteneva un'essenza esoterica ed impenetrabile. Tale circostanza trova riscontro anche in alcuni classici della letteratura. Esemplificativamente, può menzionarsi C. LEVI, *Cristo si è fermato a Eboli*, Torino, 2003, 37 – 38, partecipato affresco sociologico e antropologico che narra le vicende di un medico ed intellettuale torinese costretto, tra il '35 ed il '36, al confino in un recondito paese della Lucania, popolato da una lancinante umanità svilta dalla soggezione all'ignoranza e alle malattie, che vede nel sapere medico di cui il protagonista è portatore un comparto impenetrabile cui assoggettarsi ciecamente, affidando completamente il proprio corpo nelle mani di una figura dai tratti paternalistici ed autoritari. Emblematico il seguente passo: «Volevano mostrarmi i loro figli perché li curassi (...) Le donne mi pregavano, mi benedivano, mi baciavano le mani. Una speranza, una fiducia assoluta era in loro. Mi chiedevo che cosa avesse potuto generarle. Il malato di ieri era morto e io non avevo potuto far nulla per evitarne la morte ma le donne dicevano che avevano visto che io non ero, come gli altri, un medica ciucci, ma ero un cristiano bono e avrei guarito i loro figliuoli».

adoperata, però, quale strumento di consolidamento del dominio fascista; in altre parole, il medico diveniva garante del nuovo ordine pubblico<sup>105</sup>.

Emblema di ciò può essere rinvenuto nella gestione della tubercolosi, intesa quale più importante malattia sociale della nazione<sup>106</sup>. Nel dettaglio, il modello di lotta antitubercolare cui si adegua la politica della sanità pubblica sotto il fascismo è quello dell'intervento sanitario fondato sul ricovero nei sanatori, attraverso un'attività prevalentemente "edilizia", tale da tralasciare la realizzazione di un razionale programma di prevenzione abitativa<sup>107</sup>. Nella vita di sanatorio il «viso arcigno e collerico del direttore» e il «muso duro ed indifferente della superiora» incarnavano emblematicamente le «dure regole disciplinari», calate dall'alto ed imposte coattivamente al paziente, non solo in virtù del radicamento del modello medico paternalistico, bensì anche della legittimazione statale che tale modello andava a consacrare; i diritti del malato, nel sanatorio, appaiono compressi alla stregua di quanto avviene per i diritti dei cittadini nel paese, e dinanzi a lui si para lo spettro di un lungo periodo di isolamento dittatoriale, accompagnato dall'incertezza della guarigione e del successivo reinserimento sociale, che incarnano i principi repressivi e punitivi di un regime «scarsamente disposto a riconoscere ancor prima che a rimuovere le cause sociali e culturali di questa come di altre malattie»<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> G. VICARELLI, *L'ideale del medico*, cit., 360.

<sup>106</sup> Basti fare riferimento ai dati riportati da A. NICEFORO, *Le leggi storiche della mortalità per tubercolosi secondo le statistiche italiane delle cause di morte*, in AA.VV., *Trattato della tubercolosi*, Vol. I, 78, il quale osserva che, già nel quinquennio 1887 – 1891, era possibile contare su 1000 morti ben 78 per tubercolosi, che salgono ad 81 nel ventennio 1907 – 1912; peraltro, all'acquisto del triste primato a spese della pellagra e della malaria, si accompagna la perdita parziale del carattere di malattia del Nord, legata all'industrializzazione e radicata nella sua area di sviluppo, in quanto, a partire dal secondo decennio del Novecento, detta patologia invade la Sardegna e il Lazio, tramutandosi in fattore di unificazione morbosa del paese.

<sup>107</sup> D. PRETI, *La lotta antitubercolare nell'Italia fascista*, in R. ROMANO, C. VIVANTI (a cura di), *Storia d'Italia, Annali*, Vol. VII, Torino, 1984, 982.

<sup>108</sup> Ivi, 989 ss.

Dunque, la temperie socio – politica dei primi decenni del secolo XX e l'entusiasmo alimentato dai risultati costantemente conseguiti sul piano scientifico consacravano lo scienziato quale rappresentazione del “salvatore secolare”, cui tutto è consentito in nome della necessità di risolvere i problemi sanitari<sup>109110</sup>.

Inoltre, il medico, facendo completo affidamento sugli esami di laboratorio per la fase diagnostica e sulla farmacopea per quella terapeutica, perveniva ad una progressiva riduzione del contatto fisico con il paziente, sì da trasformare sempre più il rapporto terapeutico in un rapporto freddo, asettico ed impersonale, scevro da coinvolgimenti emotivi di sorta. Sicché il paziente diveniva un mero apparato meccanico del quale è opportuno

---

<sup>109</sup> M. IMMACOLATO, M. MORI, *Comitati etici per la sperimentazione: storia, funzioni, problemi*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. III, Milano, 2011, 706 ss.; cfr, anche F. E. PEROZZIELLO, *La Medicina e il Nazismo*, da [www.filosofia-medicina.net](http://www.filosofia-medicina.net) (accesso del 25 – 10 – 2015), il quale fa menzione del testo di una lettera inviata da Hitler a Philipp Bouhler, alto funzionario di partito e generale delle SS, nonché capo della cancelleria privata del Führer, con cui ordina di istituire un processo di eliminazione degli adulti e dei giovani esseri umani portatori di disabilità mentali e fisiche; in particolare, quanto al ruolo del medico, è interessante citare il seguente passo: «(...) Al capo della cancelleria del Reich Bouhler e al dottor Brandt viene affidata la responsabilità di espandere l'autorità dei medici, che devono essere designati per nome, perché ai pazienti considerati incurabili, secondo il miglior giudizio umano disponibile del loro stato di salute, possa essere concessa una morte pietosa (...)».

<sup>110</sup> Merita però segnalare che tale processo evolutivo della figura del medico, particolarmente rapido nelle realtà cittadine, avanzava con maggiore lentezza nelle campagne. Ancora una volta, un esempio significativo di tale circostanza si rinviene in C. LEVI, *Cristo si è fermato a Eboli*, cit., 119 – 120, ove è attestata la persistenza, nelle realtà di campagna, della figura del cd. “barbiere”, soggetto appartenente alla categoria degli empirici, ossia degli esercenti pratici dell'arte medica sprovvisti di titolo di studio. Emblematico il seguente passo: «verso la piazza, c'era la terza bottega (...) In questa bottega la gente entrava con aria misteriosa e chiedeva del padrone a bassa voce. Era un biondo, col viso astuto di una volpe, agile nei movimenti, con gli occhietti brillanti, intelligente attivo e sempre in moto. Era stato, da militare, caporale di sanità, durante la grande guerra, e aveva imparato così a fare il medico. Il suo mestiere ufficiale era il barbiere, ma le barbe e i capelli dei cristiani erano l'ultima delle sue occupazioni. Oltre a tosare le capre, a curare le bestie (...) la sua specialità era quella di cavare i denti (...) Il barbiere faceva le iniezioni, anche quelle endovenose, che i due medici non sapevano neppure che cosa fossero: sapeva mettere a posto le articolazioni lussate, ridurre una frattura, cavar sangue, tagliar un ascesso: e per di più conosceva gli impiastri e le pomate: insomma, questo figaro sapeva far tutto, e si rendeva prezioso».

sostituire le parti guaste, sbiadendo la componente antropologica del surriferito rapporto, in un processo di reificazione e rimozione del soggetto viepiù accentuato dalla specializzazione del sapere medico e dall'accresciuta impersonalità delle strutture ospedaliere<sup>111</sup>.

Ciò conduceva, nel surriferito assoggettamento all'“autorità medica”, ad uno svilimento assoluto del consenso informato del paziente, spesso trasformato, soprattutto in stati retti da regimi totalitari, in vera e propria cavia da immolare sull'altare del bene comune e dell'ordine pubblico. In un tale contesto, si diffondeva in forma silente la pratica delle sperimentazioni forzate, occultate dietro la giustificazione morale del bene comune e destinate a colpire prevalentemente le classi sociali più deboli, composte da una schiera di indigenti, emarginati e perseguitati, il cui vissuto autoderministico appariva ragionevolmente conculcabile nel conseguimento di obiettivi di respiro superindividuale; sperimentazioni, come detto, proliferate in forma silente e strisciante, per poi imporsi drammaticamente all'evidenza del mondo civile soltanto con il Processo di Norimberga.

A tale logica si sottraevano soltanto talune esperienze giuridiche isolate, quale ad esempio quella prussiana. Invero, già nel 1900, il Ministro prussiano per gli affari Religiosi, Educativi e Medici aveva emanato una Direttiva nella quale si rinviene una formulazione moderna del concetto di

---

<sup>111</sup> E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica*, cit., 108 ss.; nel medesimo senso sembra esprimersi T. SACCHERI, *Salute: persona e relazione*, in *Studi di sociologia*, Anno 46, 4, 412 – 415, ove fa riferimento ad una professione medica legata all'idea che «la medicina si deve occupare di fenomeni obiettivi e che le malattie possono essere affrontate secondo principi bio – medici, prescindendo dalla persona del paziente. In tale modello l'oggetto principale è la malattia, definita in termini puramente fisici, e l'attore protagonista è il professionista accreditato in quanto esperto della patologia biologicamente intesa. Se, dal punto di vista del soggetto, la malattia è stata da sempre interpretata come sofferenza fisica e contemporaneamente come disagio sociale, in quanto turbamento delle relazioni intersoggettive che costituiscono l'identità della persona, dal punto di vista sociale essa è stata intesa, anche in maniera non dichiarata, come mancata conformità ai ruoli necessari al funzionamento del sistema sociale».

consenso informato, inteso non solo come accettazione della cura ma anche quale frutto di una preventiva ed articolata informazione fornita al paziente, necessaria per poter partecipare alla pratica<sup>112</sup>.

Peculiare si dimostra anche l'esperienza tedesca. Invero, il Ministero dell'interno del *Reich*, sotto gli influssi esercitati dalla stampa e da una parte dell'opinione pubblica, perveniva, nel 1931, all'emanazione di una circolare contenente dettagliate linee guida il cui scopo era quello di differenziare nettamente la ricerca terapeutica da quella aventi scopi non terapeutici, etichettata come "sperimentazione umana", ribadendo la necessità del consenso informato del paziente e codificando un addentellato normativo che, paradossalmente, rimarrà in vigore anche durante il periodo delle deportazioni e delle inumane sperimentazioni condotte nei campi di sterminio. Tuttavia, se da un lato ci si trova dinanzi ad un medico che non ha la libertà di sperimentare allo scopo di individuare nuovi rimedi terapeutici, dall'altro il divieto viene meno a seguito di autorizzazione statale, solitamente contenuta all'interno di una disposizione di legge<sup>113</sup>.

Peraltro, sotto questo profilo, la situazione europea andava adeguatamente differenziandosi da quella nord – americana, potendosi localizzare proprio

---

<sup>112</sup> Direttiva 29 dicembre 1900, in M. IMMACOLATO, M. MORI, *Comitati etici*, cit., 705; cfr. anche A. TARANTINO, *Consenso informato*, cit.; A. G. SPAGNOLO, R. MINACORI, *Il consenso informato alle sperimentazioni mediche prima e dopo Norimberga*, in A. TARANTINO, R. ROCCO (a cura di), *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione. Atti del simposio internazionale. Lecce, 5 – 6 – 7 dicembre 1997*, Milano, 1998, 175 – 176, il quale precisa che l'emanazione della direttiva avvenne a seguito di un acceso dibattito politico scatenato in seno al Parlamento prussiano dal caso Neisser. Nel dettaglio, Albert Neisser, professore di dermatologia e venereologia dell'Università di Breslau, pubblicò i risultati di una sperimentazione relativa alla sifilide, condotta iniettando un siero prelevato da sifilitici in pazienti affetti da altre patologie, la maggior parte dei quali erano donne dedite alla prostituzione, che non furono né informate, né invitate ad esprimere il loro consenso. E, quando una parte di loro contrasse la sifilide, Neisser concluse che la causa non era da rinvenirsi nell'inoculazione del siero, bensì nella loro attività di prostituzione, così scatenando l'indignazione di parte dell'opinione pubblica e le critiche della stampa liberale.

<sup>113</sup> A. SANTOSUOSSO, *Sperimentazioni di farmaci sull'uomo e diritto all'integrità della persona*, in *Questione giustizia: bimestrale promosso da Magistratura Democratica*, 2, Milano, 2002, 256.



nel nuovo continente la nascita del moderno concetto di consenso informato.

Al riguardo, può farsi menzione di un processo risalente addirittura al 1905, ad esito del quale i giudici giunsero ad affermare che «il primo e più nobile diritto di ogni libero cittadino è il diritto sulla propria persona, universalmente riconosciuto; questo diritto vieta rigorosamente al medico ed al chirurgo, per quanto esperto e di chiara fama, di violare a suo arbitrio l'integrità fisica del suo paziente con una operazione più ampia e/o diversa rispetto a quella programmata, intervenendo sul malato sotto anestesia senza il suo consenso»<sup>114</sup>. Ancor più significativo è il “caso Schoendoff”, di poco successivo, durante il quale il giudice Beniamino Cardozo ebbe modo di cristallizzare il criterio della *self – determination*, in base al quale «ogni essere umano adulto e capace ha il diritto di determinare cosa debba essere fatto con il suo corpo; un chirurgo che esegue un'operazione senza il consenso del paziente commette una violenza personale, per la quale risponderà dei danni»<sup>115</sup>.

Tuttavia, a partire dagli anni Trenta, le Corti americane fanno registrare talune aperture in materia di sperimentazioni, purché orientate da finalità terapeutiche. Significativa è una sentenza risalente al 1935, nella quale i giudici statunitensi riconoscono la necessità della ricerca con obiettivi terapeutici condotta su soggetti umani per l'ottenimento del progresso medico, rimuovendo così la sperimentazione umana dalle attività proibite, pur non disconoscendo il necessario fondamento autodeterministico da rinvenire nel consenso del paziente<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> Sentenza *Mohr*, Corte Suprema del Minnesota, 1905, in G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico – paziente*, cit., 7 – 8;

<sup>115</sup> Sentenza *Mohr*, Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, 1914, in G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico – paziente*, cit., 8.

<sup>116</sup> Corte suprema del Michigan, caso *Fortner v. Koch*.

### **1.2.1. Rarefazione della persona e processo di Norimberga: l'emersione delle aberrazioni**

L'evoluzione tecno – scientifica propria degli anni '30 e '40 del secolo XX, accompagnata dal summenzionato metodo di indagine che tende all'esaltazione della sperimentazione empirica, produceva avanzamenti sempre più rapidi nel campo della medicina.

Trattasi di un periodo durante il quale venivano brevettati numerosi vaccini e sieri, idonei a fronteggiare un numero sempre più consistente di patologie, aprendo la strada alla sintesi di numerosi preparati, quali la sulfapiridina, il sulfatiazolo, la sulfaguanidina e la sulfadiazoina, ossia, in linea più generale, i sulfamidici. La portata di questi nuovi prodotti vivificava una straordinaria evoluzione storica centrando germi patogeni che fino a pochi anni addietro mietevano numerose vittime; può menzionarsi, ad esempio, il pneumococco della diffusissima polmonite e lo streptococco dell'altrettanto preoccupante angina<sup>117</sup>.

Dunque, la prima metà del secolo costituisce un periodo di sviluppo massiccio delle conoscenze biochimiche, cioè dello studio della composizione dei protoplasmi cellulari, dell'azione degli enzimi, del metabolismo e dell'azione degli ormoni, dell'inizio dell'indagine ultrastrutturale<sup>118</sup>.

Tuttavia, occorre guardare anche l'altra faccia della medaglia. Invero, la situazione politica che caratterizzava l'Europa nei primi decenni del Novecento e, in particolar modo, l'affermazione storica e sociale dei

---

<sup>117</sup> G. COSMACINI, *Storia della medicina, cit.*, 419 ss. L'autore sottolinea il ruolo fondamentale avuto dal medico tedesco Gerhard Domagk, direttore del laboratorio di patologia sperimentale della Bayer, il quale nel 1935 portava alla luce l'alto potere antibatterico del *prontosil rosso*, spianando il cammino del ricercatore svizzero Daniel Bovet, che, presso l'Istituto Pasteur di Parigi, sarebbe poi pervenuto all'identificazione della parte farmacologicamente attiva del prodotto.

<sup>118</sup> L. R. ANGELETTI, *Storia della medicina, cit.*, 199.

totalitarismi, costituiva terreno fecondo per l'estremizzazione dello svilimento della persona umana.

In tale frangente, la storia tortuosa e complicata del rapporto fra libertà personale e potere statale si semplifica, sublimandosi in un dominio che conculca l'intera gamma delle prerogative e delle potenzialità umane, partendo dal controllo della fecondità e dei modelli di genere ed arrivando all'applicazione ai malati di logiche contabili e del sistema delle quote, fino a dividere gli individui fra degni e indegni di vivere<sup>119</sup>.

È in primo luogo il fascismo, come già innanzi accennato, ad incrementare il potere statale sui corpi dei cittadini, con particolare riferimento al profilo della fecondità. Già nel 1926, infatti, si perviene all'emanazione della tassa sul celibato, con l'obiettivo di consacrare con fermezza il dovere dei cittadini di procreare e, nello stesso anno, si assiste ad un irrigidimento delle norme che disciplinano l'informazione contraccettiva. A distanza di breve tempo, un intero titolo del Codice penale Rocco viene dedicato ai "Delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe", fra i quali riveste particolare importanza, per il disvalore che gli viene assegnato, l'aborto; ed il medesimo codice, assecondando il consolidamento della potestà maritale consacrata dalle norme civilistiche, formalizza il concetto di "delitto d'onore", che concede enormi sconti di pena a chi uccide il coniuge, ma anche la figlia o la sorella, «nell'atto in cui ne scopre la illegittima relazione carnale e nello stato d'ira determinato dall'offesa all'onore suo o della famiglia»<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> A. BRAVO, *Corpi senza diritti. L'invasione del potere totalitario*, in N. M. FILIPPINI, T. PLEBANI, A. SCATTIGNO, *Corpi e storia. Donne e uomini dal mondo antico all'età contemporanea*, Roma, 2011, 105 – 106.

<sup>120</sup> Ivi, 106 – 107; cfr. anche V. DE GRAZIA, *Le donne nel regime fascista*, Venezia, 1993; G. COSMACINI, *Storia della medicina, cit.*, 407 ss., il quale evidenzia altresì che il sistema generale della mutualità corporativa rivelava la sua fragilità proprio nelle campagne, ove un elevato numero di assistiti finiva per concentrarsi negli ambulatori comunali, creando conflitti di competenza tra i comuni, che li consideravano afferenti alle mutue, e queste ultime, che li consideravano poveri in carico ai comuni. Detti

La compressione autodeterministica di matrice fascista emerge, dunque, attraverso l'adozione di una politica di incremento demografico, in ossequio allo slogan mussoliniano a tenore del quale «un popolo ascende in quanto sia numeroso»; politica che si nutre, oltre che della surriferita tassa sul celibato e dell'esaltazione della famiglia quale primo nucleo della società umana, anche dell'erogazione di premi economici in favore delle famiglie numerose, dell'adozione di misure che scoraggiano l'emigrazione, dell'articolazione capillare delle attività dell'Opera nazionale per la protezione e l'assistenza alla maternità e all'infanzia, del potenziamento del sistema delle profilassi e vaccinazioni obbligatorie.

E proprio tale ultimo sistema pare ulteriormente accentuare il processo di svalutazione della persona umana, attraverso una somministrazione coattiva dei vaccini, frequentemente ad individui sani, e secondo modalità tali da aggravare, spesso, la situazione patologica del vaccinato<sup>121</sup>.

Ancor più drammatica è la situazione del Terzo Reich che, discostandosi da politiche di demografia estensiva, piega i corpi ad un progetto di rimodellamento del patrimonio genetico nazionale, attività considerata fondamentale per consacrare il popolo tedesco quale stirpe padrona del mondo attraverso l'eliminazione delle genealogie sospette.

Difatti, all'indomani stesso della presa del potere, nel giugno del 1933, viene varata la prima legge demografica per la sterilizzazione eugenetica forzata, destinata a colpire zingari, ebrei, neri, stranieri di ogni sorta, nonché tutte le persone connotate da inferiorità psichica, quali i deficienti mentali, gli schizofrenici, gli epilettici ed altresì prostitute, mendicanti, vagabondi. A ciò si accompagna, nel 1935, l'emanazione della legge sull'"igiene matrimoniale", che vieta i matrimoni tra persone sane e malati

---

pazienti ricevevano spesso prestazioni inadeguate, nonché scarsamente retribuite per i medici, in un circuito di reciproca insoddisfazione.

<sup>121</sup> F. TUROLDO, *L'etica di fine vita, cit.*, 51.

ereditari, onde isolare dal resto del mondo i portatori di “sostanza biologicamente inferiore”<sup>122</sup>.

Inizia così un processo di selezione ed eliminazione di inabili e malati che concentra il proprio spettro operativo sulle classi sociali più deboli, concretizzando drammaticamente quello che da taluni<sup>123</sup> è considerato uno sviluppo estremo del *Darwinismo sociale*.

In un quadro così tratteggiato, alla selezione genetica si aggiunge drammaticamente la diffusione di pratiche di sperimentazione selvaggia, la cui realizzazione procede di pari passo con l’offensiva militare lanciata dall’esercito nazista sullo scacchiere europeo e con la costruzione e conseguenziale riempimento dei *lager*, attraverso la deportazione degli

---

<sup>122</sup> A. BRAVO, *Corpi senza diritti*, cit.; L’Autore evidenzia anche la differenza intercorrente tra nazismo e fascismo. Nel dettaglio, osserva che in Italia il razzismo rimane latente fino alla guerra d’Etiopia ed all’avvicinamento alla Germania, quando si comincia a parlare degli italiani come di una razza pura e cresce l’allarme per i matrimoni con gli ebrei e per il “meticcio” delle unioni con le donne africane. Tuttavia, per quanto con il codice Rocco la tutela della stirpe sia diventata una funzione di diritto pubblico, non si arriva all’attuazione di pratiche di sterilizzazione e a interruzioni forzate di gravidanza, forse anche in virtù del peso dell’orientamento cattolico, contrario alla contraccezione ed all’aborto. Al contrario, nel Terzo Reich si arriva, nel 1940 – 1941, all’eccidio di massa attuato con la cosiddetta “Operazione Eutanasia”, che determina l’uccisione per soffocamento da monossido di carbonio di circa ottantamila cittadini tedeschi considerati irrecuperabili per la loro infermità mentale o per i loro handicap fisici; circa il programma di eutanasia realizzato dal Terzo Reich, cfr. anche G. BOCK, *Il nazionalsocialismo*, in G. DUBY, M. PERROT (a cura di), *Storia delle donne in Occidente. Vol. 5: Il Novecento*, Bari, 2011; F. E. PEROZZIELLO, *La Medicina e il Nazismo*, cit., il quale sostiene che tutto sia partito da una lettera di un padre della città di Lipsia, indirizzata ad Adolf Hitler in persona, in cui gli si chiedeva di porre fine alla vita del figlio adolescente, affetto da gravi malformazioni fisiche e da un grave deficit psichico. Secondo tale ricostruzione, Hitler fu colpito da questa supplica e immaginò un programma esteso di purificazione della società tedesca attraverso l’eliminazione dei soggetti considerati inabili a vivere una vita socialmente utile; sicché, con una lettera su carta intestata recante il semplice nome del dittatore e il simbolo dell’aquila nazista, indirizzata a Philipp Bouhler, un alto funzionario di partito e generale delle SS, capo della cancelleria privata del Führer e al dottor Karl Brandt, suo medico personale, ordinò, nel settembre del 1939, l’istituzione di un procedimento di eliminazione degli adulti e dei giovani esseri umani portatori di disabilità mentali e fisiche.

<sup>123</sup> E. R. BLACK, *War Against the Weak: Eugenics and America's Campaign to Create a Master Race*, Oshkosh, 2003; R. J. EVANS, *La nascita del Terzo Reich*, Milano, 2006; cfr. anche S. BERNI, *A caccia di libri proibiti: volume I: I nazi – fascisti e le scienze del terrore*, Macerata, 2008, 40 ss.

ebrei e degli appartenenti alle surriferite categorie sociali destinate all'eliminazione.

Invero, nei campi di concentramento nazisti si assiste al radicale sovvertimento dei valori morali della medicina, in un insieme sinergico frutto della combinazione tra una classe dirigente spinta da idee deliranti e criminali ed un meccanismo di propaganda e di consenso capillare, alimentati dalla valorizzazione della tradizione culturale più viscerale del popolo tedesco, fondata sul mito dello Spazio vitale ad Est, sull'odio verso l'ingerenza ebraica, sulle recriminazioni per l'ingiusta Pace di Versailles del 1918. I corpi degli esseri umani deportati, in un processo di drammatica reificazione, vengono utilizzati alla stregua di meri oggetti per la realizzazione di esperimenti di presunto carattere scientifico, i cui obiettivi dichiarati erano quelli di testare la resistenza umana in condizioni estreme, di verificare il funzionamento di nuovi vaccini e, in generale, dei nuovi prodotti dell'industria farmaceutica, ma che spesso apparivano riconducibili a nient'altro che alla perversione del personale medico<sup>124</sup>.

Un personale medico le cui ingiustificabili azioni, che a tratti sfuggono alla umana comprensione, risultano forse sorrette da meccanismi psicologici di rifiuto e convivenza con la contraddizione, consolidati anche dalla fantasia megalomane di essere partecipi ad un progetto unico che avrebbe cambiato il futuro dell'umanità, nonché dai piaceri interni e dalle comodità esterne

---

<sup>124</sup> F. E. PEROZZIELLO, *La Medicina e il Nazismo*, cit.; cfr, anche L. CIMETTI, *Sperimentazioni mediche*, in [www.ospitiweb.indire.it](http://www.ospitiweb.indire.it) (accesso del 28 – 10 – 2015); M. VON CRANACH, *The physicians' reasons for using euthanasia during the Nazi-Fascist regime*, trad. it. di A. GERHARD, G. VEZZANI, in *Rivista sperimentale di freniatria: la rivista dei servizi di salute mentale*, 1, 2009; quanto agli esperimenti condotti nel campo di concentramento di Dachau si veda K. MAJDANSKI, *Gli esperimenti sull'uomo, una storia vissuta*, in A. TARANTINO, R. ROCCO (a cura di), *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione. Atti del simposio internazionale. Lecce, 5 – 6 – 7 dicembre 1997*, Milano, 1998, 163 ss.

che l'appartenenza alla cerchia intima dei riformisti forniva loro<sup>125</sup>. Peraltro, da tale influenza psicologica non risultano immuni neanche i numerosi medici prigionieri, i quali ricevono un trattamento di riguardo purché acconsentano ad aiutare i medici delle SS nel loro orrendo lavoro. Occorre evidenziare, infatti, che per gli ufficiali medici delle SS il servizio nei lager è equiparato ad un vero e proprio servizio al fronte, la cui importanza non è da considerarsi inferiore rispetto a quella del combattimento in prima linea; trattasi, dunque, di un compito indispensabile per la nazione, cui il sanitario deve contribuire impiegando a pieno la propria professionalità, in una articolata forma di paranoia di massa, provvista di una sua lucidità e di un suo delirio logico ben strutturati<sup>126</sup>.

Pertanto, a ben vedere, è quanto meno dubbio che la scienza moderna possa essere considerata responsabile dei tragici eventi poi giudicati a Norimberga. Infatti, in tale quadro storico, gli scienziati – criminali divengono partecipi di un'ideologia ampiamente condivisa, fondata sulla concezione della storia come confronto tra razze, che con la scienza ha poco a che fare. In tale ottica, la scienza appare quale semplice strumento che ha reso possibile la realizzazione dei crimini, ma solo in quanto svuotata della sua specifica identità dall'ideologia totalitaria ed asservita ai suoi progetti<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> M. VON CRANACH, *The physicians' reasons*, cit., 100 – 101, il quale acutamente osserva che i medici, onde convivere con l'efferatezza del loro operato, «rinunciavano al presupposto fondamentale dell'agire medico – l'incontro comprensivo e compassionevole con il paziente – per ucciderlo dalla distanza così guadagnata»; cfr. anche W. L. SHIRER, *Storia del Terzo Reich*, Torino, 2007.

<sup>126</sup> F. E. PEROZZIELLO, *La Medicina e il Nazismo*, cit., il quale sottolinea anche che numerosi medici si ribellarono, rifiutandosi di partecipare a procedure prive di connotazioni morali, per quanto era consentito dalla loro dignità, coraggio e istinto di sopravvivenza. Altri, onde ridurre la frustrazione psicologica derivante dall'essere parte attiva negli eccidi, utilizzavano bevande alcoliche in grande quantità.

<sup>127</sup> E. D'ANTUONO, *Bioetica*, Napoli, 2007, 23 ss.; cfr. anche H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Milano, 1996, la quale rimarca che il problema delle sperimentazioni durante il periodo del dominio nazista dell'Europa va affrontato tenendo adeguatamente

Ciò posto in riferimento al panorama italiano e tedesco, non può omettersi di rilevare che anche l'Unione sovietica, nel medesimo periodo, non si dimostra immune alla suddetta procedura di sbiadimento dell'umanità, propria, del resto, delle realtà politiche totalitaristiche.

Anche in Urss, infatti, le prime leggi postrivoluzionarie sanciscono l'interesse dello Stato alle relazioni fra i sessi e al corpo come terreni decisivi per la costruzione della nuova umanità. Nel 1934 viene nuovamente criminalizzata l'omosessualità e negli anni immediatamente successivi viene sostanzialmente soppresso il diritto all'aborto e complicata giuridicamente ed economicamente la procedura di divorzio, con conseguente rievocazione della potestà maritale e paterna sulla moglie e sui figli. Con la guerra, infine, la politica demografica ha un'altra stretta, che si traduce nell'abolizione del matrimonio di fatto e della ricerca della paternità, nella tassazione dei celibi e delle coppie senza figli e nella riesumazione delle discriminazioni verso i figli illegittimi, sorrette dalla volontà di consolidare l'istituto familiare<sup>128</sup>.

---

conto del collasso dell'*ethos* che rendeva equivalenti azioni comuni e crimini e che aveva annientato, sotto un regime totalitario, il senso della morale. Gli scienziati collocavano se stessi nell'universo creato dall'ideologia nazista, condividendo la concezione dell'uomo e della storia coniata dallo stesso nazionalsocialismo ed agendo di conseguenza. Cfr., per un'analisi più ampia delle radici psico – sociali delle aberrazioni naziste, M. RAVENNA, *Carnefici e vittime. Le radici psicologiche della Shoah e delle atrocità sociali*, Bologna, 2004, ove si procede ad un esame dettagliato dei processi psicologici che conducono alla reificazione di determinate categorie di individui, nonché delle conseguenze derivanti dal surriferito processo di marginalizzazione di alcuni esseri umani.

<sup>128</sup> A. BRAVO, *Corpi senza diritti*, cit., 108 – 109. Cfr., per un'analisi più ampia del quadro socio – giuridico che caratterizza, in quegli anni, l'Unione Sovietica, A. SALOMONI, *Il pane quotidiano. Ideologia e congiuntura nella Russia sovietica*, Bologna, 2001; M. CASALINI, *Famiglie comuniste. Ideologie e vita quotidiana nell'Italia degli anni Cinquanta*, Bologna, 2010, 74 – 76, il quale evidenzia che, nel corso degli anni '20, la liberalizzazione del divorzio, le deportazioni e la dekulakizzazione avevano considerevolmente minato la stabilità dei nuclei familiari sovietici, e la situazione era aggravata dal fenomeno dei *besprizornye*, bande di minorenni abbandonati, dediti all'accattonaggio, al furto, all'alcoolismo e alla prostituzione, che, all'inizio degli anni Trenta, rappresentavano una vera e propria spina nel fianco del regime. In considerazione di siffatta situazione sociale, Stalin dà inizio, nel 1936, alla «Grande



In definitiva, emerge nell'Unione sovietica la volontà statale di contribuire allo sviluppo socio – economico della nazione attraverso una politica di incremento demografico, inteso quale strumento per il controllo del vastissimo territorio, per lo sviluppo del sistema produttivo, per l'affermazione sullo scenario internazionale, in una deriva ideologica che pare profondamente condizionata dalle iniziative di matrice fascista.

Quanto, invece, al profilo della pulizia etnica, il governo Stalinista sembra trarre insegnamento dall'operato nazista. Infatti, nel nome della ristrutturazione sociale divengono bersaglio della repressione enormi aree geografiche, imponendosi ad ogni regione l'obbligo di arrestare, deportare o fucilare una certa percentuale – per lo più fissata in anticipo dal potere centrale – di appartenenti alle “classi estranee o nemiche”, nell'ambito di processi di “decosacchizzazione” o di “dekulakizzazione”<sup>129</sup>.

Ma proprio il periodo di oscuramento dell'umanità europea coevo al secondo conflitto mondiale e l'indignazione per i tragici effetti delle dittature fascista e nazista, conducono, con l'emersione delle aberrazioni durante il processo di Norimberga, ad una rimeditazione dei principi fondanti del rapporto medico paziente e, soprattutto, alla nascita dell'idea di una possibile pretesa garantita del paziente ad essere sentito in ordine ai trattamenti sanitari cui viene sottoposto, con particolare riferimento alla materia delle sperimentazioni. In altre parole, emerge la necessità di dotare il paziente di uno strumento di protezione, che preservi l'intangibilità della sua sfera psico – fisica rispetto ad ingerenze autoritative esterne, nel rispetto dell'essenza valoriale che ne costituisce l'ontologia, strumento che verrà progressivamente individuato nel “consenso informato”.

---

ritirata»: un progetto di restaurazione sociale incentrato sulla rivalutazione della famiglia ed alimentato attraverso drastiche restrizioni delle libertà individuali, mosse dalla finalità di porre un freno all'allarmante crollo demografico ed agli altri fenomeni sopra descritti.

<sup>129</sup> Ivi, 115 – 117. Cfr. anche M. BRESCIANI, *La rivoluzione perduta. Andrea Caffi nell'Europa del Novecento*, Bologna, 2009, 75 ss.

In particolare, con la locuzione “processo di Norimberga” si fa riferimento a due distinti gruppi di processi, tenuti presso il Palazzo di Giustizia della città tedesca di Norimberga dal 20 novembre 1945 al 1 ottobre 1946 ed aventi quali imputati criminali di guerra, medici e giuristi nazisti.

Il più famoso di questi processi si svolse dinanzi al Tribunale Militare Internazionale (IMT), istituito dagli alleati statunitensi, inglesi, sovietici e francesi e composto di 8 giudici, 2 per ciascuna delle suddette nazioni; ed ebbe quali imputati 24 dei più importanti capi nazisti catturati o ritenuti ancora in vita.

Nel contempo, si svolsero altri dodici processi, tra i quali il famoso “Processo ai dottori”, dinanzi al Tribunale Militare di Norimberga, per un totale complessivo di 185 imputati tra medici, giuristi, membri della polizia e delle SS, capi industriali, alti funzionari dello stato nazista.

Il segretario americano alla difesa Henry Stimson e il presidente Truman spinsero con intensità per l’istituzione dell’IMT, sia in ossequio ad un postulato fondamentale di giustizia, sia con l’obiettivo di realizzare l’archiviazione di un materiale documentario storico che altrimenti sarebbe andato perduto, con conseguenze negative in ordine all’educazione e formazione delle generazioni post – belliche. Dunque, le ragioni fondamentali che condussero al Processo di Norimberga furono sia di civiltà giuridica sia di legittimazione storica e politica, con particolare riferimento alla volontà di condannare l’essenza del nazionalsocialismo e del fascismo, intesi quali sistemi politici sfociati in aberranti crimini contro l’umanità<sup>130</sup>.

---

<sup>130</sup> M. BATTINI, *L’eredità di Norimberga*, in M. PALLA, *Tra storia e memoria: 12 agosto 1944: la strage di Sant’anna di Stazzema*, Roma, 2003, 136 – 138. L’Autore puntualizza, però, che la permeazione politica della scelta condusse i giudici a non definire precisamente quali fossero gli effettivi crimini di cui il nazismo si era macchiato, scegliendo, piuttosto, tre macro – categorie: i crimini contro la pace, i crimini di guerra ed i crimini contro l’umanità. Merita peraltro segnalare che l’art. 6 dell’Accordo di Londra tra le Nazioni Unite, siglato l’8 agosto 1945, prevede la

In un quadro così delineato, il processo di Norimberga porta definitivamente all'attenzione dell'opinione pubblica mondiale le atrocità perpetrate nei campi di concentramento nazisti anche a fini di sperimentazione medica, nonché, in ottica più ampia, il clima di reificazione della persona, animato dall'incondizionata fiducia verso i nuovi progressi della scienza, che, nei primi decenni del secolo XX, aveva permeato l'intero contesto europeo e non solo. Difatti, nel corso dei dibattimenti processuali, emerge come anche in altri Paesi, negli stessi anni, si andassero svolgendo esperimenti sull'uomo senza alcuna garanzia per le persone ad essi sottoposte, approfittando della debolezza sociale delle categorie coinvolte<sup>131</sup>.

---

punibilità per i crimini contro la pace e contro l'umanità anche di coloro che avevano agito lecitamente secondo i canoni del loro diritto nazionale o secondo il precedente (e quindi insufficiente), diritto internazionale, scardinando uno dei pilastri della cultura giuridica europea, ossia il principio dell'irretroattività della legge penale. È interessante rilevare, tuttavia, che ancora oggi il surriferito principio fondamentale, corollario della legalità formale, sembra recedere dinanzi alla necessità di punire condotte che impattano con la piattaforma di valori fondamentali collocata al fondamento del senso di umanità e del vivere civile, come attestato dalla formulazione dell'art. 7 CEDU, a tenore del quale «Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, era un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili». Cfr. anche L. CHIEFFI, *Ambiti di tutela costituzionale e sviluppi interpretativi del diritto del malato al governo del proprio corpo*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013, 26 – 27.

<sup>131</sup> A. PIOGGIA, *Consenso informato*, cit., 127 ss., il quale approfondisce questo punto sottolineando che l'avvocato del medico nazista Gerhard Rose segnalò uno dei casi più eclatanti di sperimentazione selvaggia: il *Tuskegee Syphilis Study* condotto negli Stati Uniti con fondi federali, che esaminava l'evoluzione della sifilide non curata nei maschi di colore. In tale sperimentazione, iniziata nel 1932 e proseguita fino al 1972, non solo non ci si preoccupò di acquisire il consenso degli interessati, ma non si utilizzò nemmeno la penicillina una volta scopertone l'uso terapeutico per la patologia studiata, privando i soggetti coinvolti nella sperimentazione di ogni possibilità di guarigione. Le proteste che derivarono dalla scoperta di questo tipo di sperimentazione diedero luogo al fondamentale *Belmont Report* adottato nel 1974 dalla *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*.

Sicché, ad esito di queste vicende processuali, ed alla luce dei dati durante le stesse emersi, vede la luce il Codice di Norimberga<sup>132</sup>, stilato dall'Associazione medica mondiale; detto Codice rappresenta la prima codificazione internazionale di regole sui diritti umani nell'ambito della sperimentazione clinica e cristallizza i dieci principi che distinguono le sperimentazioni mediche dalle torture, prevedendo significativamente il primo di essi che, in qualsiasi sperimentazione, «il consenso volontario del soggetto umano è assolutamente essenziale. Ciò significa che la persona in questione deve avere capacità legale di dare consenso<sup>133</sup>, deve essere in grado di esercitare il libero arbitrio senza l'intervento di alcun elemento coercitivo, inganno, costrizione, falsità o altre forme di imposizione o violenza; deve avere sufficiente conoscenza e comprensione degli elementi della situazione in cui è coinvolto, tali da metterlo in posizione di prendere una decisione cosciente e illuminata (...)»<sup>134</sup>. Inoltre, l'art. 9 del Codice

---

<sup>132</sup> G. CORBELLINI, *Codice di Norimberga*, in *Enciclopedia della Scienza e della Tecnica*, da [www.treccani.it](http://www.treccani.it) (accesso del 02 – 11 – 2015), il quale precisa che il Codice di Norimberga costituisce un insieme di principi enunciati nella sentenza del tribunale militare americano che il 19 agosto 1947 condannò 23 medici nazisti, 7 dei quali a morte, per gli esperimenti condotti nei campi di concentramento. I contenuti del Codice, elaborati da due medici consulenti del tribunale statunitense, Andrew C. Ivy e Leo Alexander, e ricostruiti in sei punti (poi sviluppati in dieci punti dal Tribunale), divennero, da quel momento in poi, fondamentali punti di riferimento per la sperimentazione medica su soggetti umani. L'elaborazione di detti principi, fondata sulle testimonianze fornite da numerosi periti, si fonda sull'equiparazione degli esperimenti condotti nei campi nazisti e, in generale, in Germania, a quelli condotti nello stesso periodo nei penitenziari statunitensi, in spregio alle affermazioni di principio più volte effettuate dagli organi giudiziari americani.

<sup>133</sup> Secondo quanto previsto dallo stesso Codice, il consenso informato funge da vera e propria “condizione” di liceità dell'intervento sperimentale, con la precisazione, contenuta nell'art. 1, che prima di dare il consenso «la persona deve conoscere: natura, durata e scopo della sperimentazione clinica, il metodo e i mezzi con cui sarà condotta, eventuali effetti sulla salute e sul benessere della persona, eventuali pericoli cui sarà sottoposta». Si gettano dunque le basi per un'impostazione teorica che, a distanza di circa un ventennio, si sarebbe consolidata anche presso la dottrina italiana, per poi irrompere nelle aule giurisprudenziali.

<sup>134</sup> Ivi, 128 ss., evidenziando che la stessa Associazione Medica Mondiale successivamente arricchirà integrandole le regole deontologiche riguardanti la sperimentazione sull'uomo, sino a pervenire, nel 1964, a quello che a tutt'oggi rappresenta il documento di riferimento in materia, e cioè le Raccomandazioni a guida

prevede significativamente che «nel corso dell'esperimento il soggetto umano dovrà avere la libera facoltà di porre fine ad esso se ha raggiunto uno stato fisico o mentale per cui gli sembra impossibile continuarlo», così ipostatizzando il concetto di revocabilità del consenso informato, che è prerogativa fondamentale di ogni ordinamento giuridico moderno.

Per la prima volta nella storia dell'umanità la riflessione etica si spinge in una direzione diversa rispetto a quella seguita dall'etica medica tradizionale di matrice greco – romana: finalmente si giunge alla valorizzazione del concetto di “autonomia” del paziente, attraverso la codificazione del principio del consenso volontario e del concetto di “responsabilità” del medico, determinando il tramonto dell'antico principio di beneficenza di derivazione ippocratica, che concentrava il potere decisionale nelle mani del medico stesso<sup>135</sup>.

Ciò traspare, del resto, anche dall'analisi degli articoli successivi del Codice, che autorizzano la realizzazione di quei soli esperimenti che possano potenzialmente fornire risultati utili al bene della società, fondati

---

dei medici nella ricerca clinica, note anche come Dichiarazione di Helsinki; cfr. anche C. BUCCELLI, *L'attività sperimentale tra principi etici e deontologici*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Aspetti etici della sperimentazione biomedica. Evoluzione criticità, prospettive*, Napoli, 2015, 13 ss.; C. CASONATO, *I percorsi evolutivi della sperimentazione umana: spunti per un'analisi comparata*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Aspetti etici della sperimentazione biomedica. Evoluzione criticità, prospettive*, Napoli, 2015, 33 ss.; M. BATTINI, *L'eredità di Norimberga*, cit., 138 ss.; L. MALERBA, *Il rapporto medico – paziente*, cit., 3; M. VON CRANACH, *The physicians' reasons*, cit., 88 ss.; E. D'ANTUONO, *Bioetica*, cit., 120, la quale puntualizza che il Codice di Norimberga compare nelle motivazioni della sentenza dell'omonimo processo e risponde essenzialmente a quattro principi: il principio di autonomia, il principio di beneficienza, il principio di scientificità ed il principio di reversibilità dei danni.

<sup>135</sup> A. G. SPAGNOLO, R. MINACORI, *Il consenso informato*, cit., 183 ss.; cfr. anche S. SPINSANTI, *Cambiamenti nella relazione*, cit., il quale evidenzia che in medicina questo cambiamento è stato registrato due secoli dopo la sua teorizzazione e con molto ritardo rispetto ad altri ambiti della vita, probabilmente proprio in virtù del carattere larvato esoterico che ha sempre reso peculiare la scienza medica; ma alla fine ha comunque avuto luogo; V. MALLARDI, *Le origini del consenso informato*, cit., 313 – 314.

su di un'adeguata pianificazione e conoscenza della malattia<sup>136</sup>, nonché condotti in modo tale da evitare ogni sofferenza o lesione fisica o mentale che non sia necessaria, sofferenza che comunque non può mai sfociare in lesioni permanenti o morte<sup>137</sup>. Il tutto con la ulteriore precisazione che lo svolgimento di tali attività deve essere prerogativa di persone scientificamente qualificate, pronte in ogni momento ad interrompere l'esperimento ove la continuazione dello stesso possa potenzialmente provocare lesioni, invalidità o morte del soggetto che vi è sottoposto<sup>138</sup>.

In sostanza, la detta codificazione risulta ispirata a quattro principi fondamentali: il "principio di autonomia", ossia l'affermazione dell'imprescindibilità del consenso e dell'autonomia del soggetto su cui si pratica l'esperimento; il "principio di beneficiabilità", ossia l'affermazione della priorità del bene dell'individuo<sup>139</sup>; il "principio di scientificità", secondo cui ogni esperimento va condotto adoperando metodi provvisti di un adeguato fondamento scientifico; il "principio della reversibilità dei danni", per il quale il soggetto non deve mai correre il rischio di morte o di invalidità permanente<sup>140141</sup>.

---

<sup>136</sup> Si menzionano, in particolare, l'art. 2, a tenore del quale «L'esperimento dovrà essere tale da fornire risultati utili al bene della società; la natura dell'esperimento non dovrà essere né casuale, né senza scopo», e l'art. 3, il quale prevede che «L'esperimento dovrà essere impostato e basato sui risultati della sperimentazioni su animali e sulla conoscenza della storia naturale del morbo o di altri problemi allo studio, cosicché risultati antecedenti giustificano lo svolgersi dell'esperimento».

<sup>137</sup> Il riferimento è all'art. 4: «L'esperimento dovrà essere condotto in modo tale da evitare ogni sofferenza o lesione fisica o mentale che non sia necessaria»; all'art. 7: «Si dovrà fare una preparazione tale da evitare che il soggetto abbia lesioni, danni o morte».

<sup>138</sup> Ancora, si fa riferimento all'art. 8: «L'esperimento potrà essere condotto solo da persone scientificamente adeguate e qualificate, con il più alto grado di attenzione verso la sperimentazione e l'essere umano»; all'art. 10: «Durante l'esperimento lo scienziato responsabile deve essere pronto a interromperlo in qualunque momento se indotto a credere che la continuazione dell'esperimento comporterebbe probabilmente lesioni, invalidità o morte per il soggetto umano».

<sup>139</sup> In forza del quale il grado di rischio non dovrà oltrepassare quello determinato dalla rilevanza umanitaria del problema che l'esperimento dovrebbe risolvere.

<sup>140</sup> E. D'ANTUONO, *Bioetica*, cit., 28 – 29.

<sup>141</sup> Come verrà evidenziato *infra*, trattasi di principio che, a ben vedere, già trovava recepimento nel Codice civile italiano del 1942, all'interno dell'art. 5. Tuttavia, detta

Infine, ma non da ultimo, è opportuno ricordare che l'art. 6 della Carta di Norimberga<sup>142</sup> provvede a delineare la categoria concettuale dei crimini contro l'umanità, come «l'omicidio volontario, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione e ogni altro atto disumano commesso ai danni di qualsiasi popolazione civile, prima o durante la guerra; oppure persecuzione per motivi politici, razziali o religiosi, sempreché tali atti o persecuzioni – abbiano o no costituito una violazione del diritto interno del paese in cui sono stati commessi – siano stati perpetrati in esecuzione di uno dei crimini rientranti nella giurisdizione del Tribunale o in connessione con uno di essi...». Detti crimini, non si differenziano sostanzialmente dai crimini di guerra, ma il citato articolo ha il pregio di sottolineare la non necessaria connessione degli stessi con uno stato di guerra, rappresentando essi semplicemente il frutto dell'esercizio criminale della sovranità; peraltro, la disposizione sembra evidenziare ulteriormente che le atrocità sostanzianti i crimini contro l'umanità assumono una rilevanza internazionale soltanto ove connesse alle lesioni di interessi di altri Stati o dei loro cittadini, comunque rappresentando una correzione della Dichiarazione di Mosca del 30 ottobre 1943<sup>143</sup>.

---

disposizione, al momento della sua formulazione, celava la volontà statale di garantire la partecipazione della generalità dei consociati all'assolvimento dei compiti imposti dallo Stato, e presentava dunque una matrice autoritativa, piuttosto che configurarsi quale strumento di protezione della persona nella sua componente fisica e morale.

<sup>142</sup> Con detta espressione si fa riferimento ad un Rapporto emanato dalla Commissione del diritto internazionale, organo ausiliario dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, intitolato "Principi di diritto internazionale riconosciuti dallo Statuto e dalla sentenza del Tribunale di Norimberga". Detto rapporto racchiude 7 principi fondamentali di diritto internazionale emersi dai dibattimenti e dalle sentenze del processo di Norimberga ma, in realtà, già presenti nel diritto consuetudinario di matrice sovranazionale, sebbene oggetto di compressione durante la dominazione nazista.

<sup>143</sup> S. DE BELLIS, *Riflessioni sui crimini contro l'umanità*, in A. TARANTINO, R. ROCCO (a cura di), *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione. Atti del simposio internazionale. Lecce, 5 – 6 – 7 dicembre 1997*, Milano, 1998, 325 – 326. Infatti, nella suddetta Dichiarazione si affermava l'opportunità di sanzionare i crimini contro l'umanità secondo il diritto statale dei paesi liberati, senza tenere conto dell'assenza, nella legislazione tedesca, di norme che consentissero di sanzionare tali crimini.

Ne deriva una primigenia collocazione della persona, intesa quale valore che si autolegittima, al centro dell'universo giuridico ed etico, viepiù dinanzi ad ingerenze autoritative potenzialmente idonee a comprimere in via definitiva l'integrità psico – fisica della stessa, anche ove ammantate dall'alone del principio di beneficiabilità. L'entità persona raggiunge, dunque, spazi di autodeterminazione ancora inesplorati, per insediarsi sui rassicuranti lidi del consenso informato, delineandosi uno statuto di tutela che fungerà da ispirazione e guida per i numerosi documenti nazionali e sovranazionali finalizzati alla salvaguardia dei diritti fondamentali.

E baricentro del Codice sembra essere proprio la tutela dei soggetti potenzialmente deboli, i quali ignari dei propri diritti e privi di adeguate conoscenze scientifiche, si apprestino, spinti, da paura, speranza, necessità economica, ad accettare tutto quanto proposto dalla scienza come elemento portatore di ipotizzabili benefici. Muta radicalmente, quindi, il ruolo dell'operatore medico, chiamato ad informare in maniera approfondita i suddetti soggetti, se del caso dissuadendoli dal sottoporsi alle pratiche mediche o, comunque, rendendoli sufficientemente edotti circa le conseguenze che da esse possono scaturire, sì da consentire la manifestazione di un consenso che rifletta in maniera effettiva il loro coefficiente autodeterministico.

Tuttavia, se da un lato la conoscenza dei crimini perpetrati dai nazisti ha sollecitato un ripensamento del rapporto medico paziente, dall'altro ben difficilmente può condividersi la prospettiva per la quale il Codice di Norimberga avrebbe rappresentato la nascita della bioetica. Infatti, quelli di Norimberga non possono essere considerati quali processi alla scienza medica, bensì quali processi aventi ad oggetto un regime politico totalitario che si avvaleva della classe medica per mettere in atto operazioni criminose; sicché, la nascita della bioetica, intesa quale autentica indagine speculativa sui problemi morali ed etici sollevati in campo medico e



biologico da interventi ed esperimenti che coinvolgono la vita umana ed animale, deve essere collocata almeno un ventennio più tardi, in corrispondenza, come vedremo, dell'emanazione della Dichiarazione di Helsinki<sup>144</sup>.

Certo è che dopo Norimberga è cresciuta la consapevolezza della polisemia del progresso tecnico – scientifico e dell'ambivalenza degli esiti prodotti dalle sue applicazioni concrete; del suo essere artefice del miglioramento delle condizioni di vita, ma nel contempo, del suo essere insieme latore di distruzione<sup>145</sup>.

E proprio da questa drammatica consapevolezza trae origine la volontà sovranazionale di creare documenti di consacrazione dei diritti fondamentali dell'individuo, che fungano da invalicabili baluardi contro eventuali spinte assolutistiche e spersonalizzanti.

### **1.3. Tutela dell'individuo e superamento dei confini nazionali**

La portata di questa rivoluzione, ispirata da una rinnovata e generalizzata consapevolezza delle pregresse atrocità e fondata sul consolidamento del principio di dignità umana, travalica i confini nazionali. Infatti, poco dopo il termine del conflitto mondiale, il 10 dicembre 1948, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite approva la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, il cui art. 1 afferma espressamente che «tutti gli esseri umani nascono e rimangono liberi ed uguali in dignità e diritti»<sup>146</sup>, così «ergendo

---

<sup>144</sup> M. IMMACOLATO, M. MORI, *Comitati etici*, cit., 707 – 708; cfr. anche B. MUELLER – HILL, *Scienza di morte*, Pisa, 1989; cfr. anche E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica*, cit., 19 ss.

<sup>145</sup> H. JONAS, *Il principio responsabilità*, Torino, 1990.

<sup>146</sup> Detta espressione va ad integrare quella contenuta nell'antenna delle costituzioni moderne, ossia nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, il cui art. 1 recitava: «Gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti. Le distinzioni sociali non possono essere fondate che sull'utilità comune».

la dignità umana ad ineludibile denominatore comune di ogni ordinamento giuridico, in un nuovo quadro dei doveri costituzionali<sup>147</sup>.

Peraltro, acquista rilievo in tema di salute anche l'art. 25 della suddetta dichiarazione, a tenore del quale «Ognuno ha il diritto ad uno stile di vita adeguato alla salute propria e della propria famiglia, compresi cibo, vestiario, alloggio, cure mediche e servizi sociali necessari», così esprimendo l'impegno degli Stati all'attivazione nella salvaguardia della posizione giuridica salute, intesa quale irrinunciabile diritto sociale. Infatti, detta disposizione va letta in combinazione con il precedente art. 22, che pone in relazione il tema della protezione dei diritti economici, sociali e culturali con lo sforzo degli Stati per una corretta allocazione delle risorse di cui dispongono<sup>148</sup>.

Valga però notare che detto documento non può considerarsi giuridicamente vincolante per gli stati membri dell'ONU, posto che tale organismo internazionale non dispone di poteri legislativi diretti; ciò nondimeno, trattasi pur sempre di un atto approvato da un organismo in cui siedono la quasi totalità delle nazioni mondiali, rappresentando un dato storico di riconoscimento di alcuni diritti fondamentali per i cittadini di ogni Stato, di un nucleo indistruttibile di valori la cui salvaguardia prescinde dagli strumenti approntati, sul piano interno, da ciascun paese;

---

<sup>147</sup> S. RODOTÀ, *La rivoluzione della dignità*, Napoli, 2013, 14, il quale osserva che proprio questa centralità della dignità può considerarsi il lascito del costituzionalismo del dopoguerra, che, figlio delle tragedie del Novecento, ha segnato il passaggio dalla "rivoluzione dell'eguaglianza", che era stata un connotato della modernità, alla "rivoluzione della dignità". In tale ottica, «la rilevanza assunta dalla dignità induce a proporre una lettura che considera la stessa una sintesi di libertà ed eguaglianza, rafforzate nel loro essere fondamento della democrazia».

<sup>148</sup> A. ODDENINO, *Profili internazionali ed europei del diritto alla salute*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. V, Milano, 2011, 70 – 71. L'art. 22 della Dichiarazione recita: «Ogni individuo in quanto membro della società ha diritto alla sicurezza sociale nonché alla realizzazione, attraverso lo sforzo nazionale e la cooperazione internazionale e in rapporto con l'organizzazione e le risorse di ogni Stato, dei diritti economici, sociali, culturali indispensabili alla sua dignità e al libero sviluppo della sua personalità».

una condizione che trova origine antica nell'istituzione romana dello *ius gentium*, inteso quale complesso di norme generalmente riconosciute e preesistenti rispetto agli stessi ordinamenti statali<sup>149</sup>.

È innegabile, del resto, che ancora oggi le dichiarazioni di principi effettuate dall'Assemblea generale dell'ONU abbiano un ruolo importante per lo sviluppo e l'articolazione del diritto internazionale, ispirando i contenuti delle fonti di secondo e terzo livello e condizionando la formazione della consuetudine alle esigenze umanistiche e solidaristiche che emergono nel tessuto sociale, e ciò proprio in considerazione della particolare autorevolezza e rappresentatività dell'organo emanante. Il tutto senza obliterare che i principi ivi contenuti, in virtù della loro rilevanza sovranazionale, spesso acquistano una "vincolatività mediata" attraverso il richiamo operato dagli organi giurisdizionali interni dei singoli Stati membri, che adoperano gli stessi per consolidare determinati percorsi logico – argomentativi<sup>150</sup>.

Il processo di focalizzazione della persona si è poi ulteriormente arricchito con la redazione ed adozione, nell'ambito del Consiglio d'Europa<sup>151</sup>, della

---

<sup>149</sup> A. LOIODICE, *Il rispetto dei diritti umani come limite di ogni regime*, in A. TARANTINO, R. ROCCO (a cura di), *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione. Atti del simposio internazionale. Lecce, 5 – 6 – 7 dicembre 1997*, Milano, 1998, 299 – 300, il quale sottolinea, a sostegno della rilevanza internazionale delle dichiarazioni di principi ONU, che è sufficiente l'indice di una presenza giuridica internazionale dei diritti fondamentali, perché, di fronte alla loro violazione, si possa reclamare una tutela che non necessariamente deve essere sincronica, ben potendo anche essere diacronica; ad esempio, di fronte ai crimini di guerra, la violazione dei diritti umani (come spesso è avvenuto) può trovare tutela anche in momenti successivi, ed anche ad opera dei singoli ordinamenti o per effetto di accordi internazionali.

<sup>150</sup> Si faccia l'esempio di Cass. Civ., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, che, nel ricostruire lo statuto della tutela del concepito, qualifica lo stesso in termini di soggetto giuridico, corroborando tale affermazione anche con il richiamo dell'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, a tenore del quale: «Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona».

<sup>151</sup> Il Consiglio d'Europa, fondato il 5 maggio 1949 con il Trattato di Londra, è un organismo internazionale con sede a Strasburgo che conta oggi l'adesione di 47 stati membri. Il suo obiettivo è quello di assicurare il rispetto di tre principi fondamentali: la democrazia pluralista, il rispetto dei diritti umani e la preminenza del diritto, operando altresì per la valorizzazione dell'identità culturale europea attraverso la lotta contro ogni

Convenzione europea dei diritti dell'uomo, siglata a Roma il 4 novembre del 1950 ed aggiornata con numerosi Protocolli modificativi ed integrativi. Anche questa Convenzione contiene un catalogo di diritti umani fondamentali, ma introduce altresì un peculiare sistema di tutela, prevedendo non solo la possibilità per i singoli stati membri di fare ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo in riferimento alle violazioni commesse dagli altri stati, ma estendendo tale possibilità anche a qualsiasi persona fisica o giuridica o gruppo di individui che si ritengano vittime di una violazione della Convenzione da parte di uno stato membro, provocando la proliferazione di una giurisprudenza ampia ed articolata in materia di diritti umani, tale da orientare e vincolare l'operato delle Corti interne e dispiegare la propria influenza anche sull'attività legislativa.

Difatti, la CEDU risulta provvista, a suo modo, di vincolatività giuridica. Con particolare riferimento alla situazione italiana, occorre precisare, in ossequio all'orientamento espresso dalla Corte costituzionale, che la CEDU funge da "parametro costituzionale interposto", atteso che il testo dell'art. 117 Cost.<sup>152</sup>, se da un lato rende inconfutabile la maggiore resistenza delle norme CEDU rispetto alle leggi ordinarie, dall'altro attrae le stesse nella sfera di competenza della Consulta, sicché può sollevarsi questione di legittimità costituzionale per violazione di tale articolo ogni qual volta venga emanata una disposizione legislativa che impatti irrimediabilmente con la suddetta Convenzione.

Invero, l'art. 117 citato, nella parte in cui prevede che la potestà legislativa deve essere esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto degli «obblighi internazionali», erige la CEDU a criterio di legittimità

---

forma di intolleranza, per la ricerca di soluzioni ai problemi sociali e per la salvaguardia della qualità della vita dei popoli dell'Europa.

<sup>152</sup> Il primo comma di tale disposizione recita: «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

costituzionale da un lato e, dall'altro, a criterio interpretativo, posto che la questione di costituzionalità potrà essere sollevata dal giudice *a quo* soltanto ove non sia possibile praticare una "interpretazione convenzionalmente conforme" del dato normativo interno<sup>153</sup>.

Inoltre, il cittadino europeo destinatario di un provvedimento giurisdizionale dichiarato dalla Corte EDU iniquo o, comunque, violativo della Convenzione, potrà beneficiare di apposita tutela risarcitoria e, ove si tratti di una sentenza di condanna penale, ad esito di un recente ulteriore intervento della Corte costituzionale, potrà avvalersi dell'istituto della revisione di cui all'art. 630 c.p.p.<sup>154</sup>

---

<sup>153</sup> Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 347 e 348, in GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, V Edizione, Roma, 2012, 6 – 10. Rimane assolutamente minoritaria la tesi propugnata da Tar Lazio, Roma, 18 maggio 2010, n. 11984, in base alla quale l'art. 6 TUE, nel testo successivo all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, manifestando l'adesione dell'Unione Europea alla CEDU, avrebbe riconosciuto alla stessa il medesimo valore giuridico dei trattati, con conseguente diretta applicabilità all'interno dei singoli ordinamenti giuridici degli Stati membri e diretta disapplicabilità ad opera del giudice *a quo* delle norme interni contrastanti. La tesi è stata infatti contraddetta da Corte cost., n. 80/2011, che ha affermato che la relativa statuizione resta ancora improduttiva di effetti per l'assorbente ragione che l'adesione dell'Unione Europea alla CEDU non è ancora avvenuta, con la conseguenza che il valore giuridico conferito alla stessa dipenderà inesorabilmente dalle modalità di tale adesione. Al contrario, il surriferito articolo 6 conferisce alla Carta di Nizza il medesimo valore giuridico dei Trattati. Cfr. anche A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato), da [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it) (accesso del 12 – 11 – 2015); R. CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, da [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) (accesso del 23 – 11 – 2015), il quale sostiene che la logica della separazione degli ordinamenti non è più confacente al raggiungimento di quell'elevato livello di tutela dei diritti fondamentali che si auspica in sede comunitaria, quest'ultimo potendosi raggiungere attraverso una lettura integrata delle fonti giuridiche schierate in campo e dei rispettivi ordinamenti giuridici di appartenenza.

<sup>154</sup> Corte cost., 4 aprile 2011, n. 113, che, intervenendo in relazione al caso *Dorigo*, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. per contrasto con l'art. 117 Cost., assumendo come norma interposta l'art. 46 in correlazione con l'art. 6 CEDU, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte EDU. Cfr. anche F. VIGANÒ, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, n. 2/2014, 167 ss.

In tal modo, sebbene la Convenzione faccia riferimento prevalentemente alle libertà negative e solo in parte ai diritti sociali, rappresenta la positivizzazione di un minimo comune denominatore dei diritti umani, atto ad evitare le vistose deviazioni registrate durante il periodo degli stati di diritto; uno nucleo fondamentale di posizioni giuridiche intangibili cui i singoli ordinamenti giuridici degli stati membri, però, possono offrire un livello di tutela anche superiore rispetto a quello realizzato da tale documento sovranazionale, e ciò nel consolidamento di una comune identità europea. Un'identità che si è mantenuta al passo con i tempi, oltre che attraverso gli aggiornamenti realizzati con i Protocolli addizionali, anche e soprattutto grazie all'incessante opera interpretativa della Corte EDU, costantemente protesa verso la rilettura evolutiva delle variegate sfaccettature di tutela della persona consacrate nella Convenzione, in un opera di continuo fissaggio di punti di riferimento comuni alla tradizione giuridica degli Stati del vecchio continente<sup>155</sup>.

Ciò posto quanto al valore giuridico della CEDU, vale rilevare che dei riferimenti normativi indiretti al diritto alla salute possono rinvenirsi negli artt. 2 e 3 CEDU, che disciplinano rispettivamente il diritto alla vita ed il divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti, presupponendo, dunque, l'intangibilità dei beni dell'integrità fisica e della dignità, nonché nell'art. 8, posto a tutela del rispetto della vita privata e familiare e utilizzato per fondare il diritto a vivere in un ambiente salubre<sup>156</sup>.

---

<sup>155</sup> Sul ruolo dirompente dei diritti umani nel panorama contemporaneo si veda S. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Bari, 2005; A. RANDAZZO, *Alla ricerca di una tutela più intensa dei diritti fondamentali attraverso il "dialogo" tra le Corti*, in F. DAL CANTO, E. ROSSI (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Torino, 2011, 313 ss.

<sup>156</sup> Si veda, in particolare, quanto alla valorizzazione giurisprudenziale di tali principi: Corte EDU, 9 dicembre 1994, *Lopez Astra c. Spagna*, relativa alle immissioni nocive provenienti da una discarica abusiva; Corte EDU, 27 gennaio 2009, *Tatar c. Romania*; Corte EDU, 10 marzo 2009, *Turan Cakir c. Belgio*, relativa a procedimento penale avente ad oggetto torture commesse da pubblici ufficiali.

Provvisoria di incidenza diretta, seppur connotata da vincolatività giuridica attenuata è invece la Carta sociale europea, elaborata in seno al Consiglio d'Europa come complemento alla CEDU nell'affermazione e tutela dei diritti sociali e poi approvata nel 1961. Di particolare rilevanza, infatti, è l'art. 11 di tale Carta<sup>157</sup>, in base al quale le parti si impegnano a garantire un esercizio effettivo del diritto alla salute da parte dei cittadini, adottando adeguate misure sia autonomamente che nell'ambito di una cooperazione internazionale, soprattutto per ciò che concerne l'eliminazione di situazioni di salute deficitaria<sup>158</sup>.

Ma il documento che più di altri raccoglie l'eredità del Codice di Norimberga è la Dichiarazione di Helsinki del 1964<sup>159</sup>, approvata nel corso della diciottesima Assemblea medica mondiale. Infatti, questo documento racchiude i principi divenuti fondamentali nel tracciare l'etica della sperimentazione, e, soprattutto, ribadisce la necessità del «consenso liberamente dato» dal paziente, dopo che questi abbia ricevuto «una spiegazione completa del protocollo» e, quale significativo passo in avanti rispetto al summenzionato Codice, afferma espressamente la prevalenza del

---

<sup>157</sup> Detta disposizione recita: «Per assicurare l'effettivo esercizio del diritto alla protezione della salute, le Parti s'impegnano ad adottare sia direttamente sia in cooperazione con le organizzazioni pubbliche e private, adeguate misure volte in particolare: 1) ad eliminare per, quanto possibile le cause di una salute deficitaria; 2) a prevedere consultori e servizi d'istruzione riguardo al miglioramento della salute ed allo sviluppo del senso di responsabilità individuale in materia di salute; 3) a prevenire, per quanto possibile, le malattie epidemiche, endemiche e di altra natura, nonché gli infortuni».

<sup>158</sup> A. ODDENINO, *Profili internazionali ed europei*, cit., 82 – 83, ove si precisa, quanto al profilo dell'efficacia, che l'applicazione concreta della Carta è monitorata dal Comitato Europeo per i diritti sociali, composto da 12 membri nominati dal Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa, il quale annualmente riceve da parte degli Stati rapporti sull'avanzamento nell'applicazione della Carta stessa e può, a tal proposito, emanare raccomandazioni. Cfr. anche A. LOIODICE, *Il rispetto dei diritti umani*, cit., 300 – 301.

<sup>159</sup> WORLD MEDICAL ASSOCIATION, *Declaration of Helsinki, Ethical principles for Medical Research Involving Human Subjects*, adopted by the 18<sup>th</sup> WMA General Assembly, Helsinki, Finland, June 1964.

bene del paziente stesso rispetto all'interesse della collettività, perennemente coinvolto dalle pratiche sperimentali<sup>160</sup>.

Nel contempo, si ribadisce che la ricerca può essere condotta su soggetti incapaci di manifestare il loro consenso soltanto ove non sia possibile realizzarla su persone giuridicamente in grado di farlo. E, ancora, la Dichiarazione sostiene per la prima volta la necessità che i protocolli di ricerca clinica e le procedure per ottenere il consenso vengano esaminate da comitati etici indipendenti operanti all'interno delle stesse istituzioni in cui vengono condotte le ricerche, gettando dunque le basi per la gemmazione ed operatività in chiave moderna di tali organismi<sup>161</sup>.

La portata rivoluzionaria della Dichiarazione di Helsinki è fermamente sottolineata da taluni autori, i quali osservano che il Codice di Norimberga, per diversi anni, ha avuto una portata più ideale che reale, soprattutto negli Stati Uniti. Infatti, solo dopo l'emanazione di tale Dichiarazione, che ha rapidamente guadagnato autorevolezza nel panorama medico tramutandosi in una sorta di linea – guida per le successive legislazioni nazionali e sovranazionali, è stato pubblicato da Henry Beecher, professore di anestesia di Harvard, l'articolo che evidenziava il mancato rispetto dei requisiti etici minimi nelle sperimentazioni condotte in territorio statunitense; articolo che, fungendo da detonatore di un vero e proprio scandalo, ha contribuito significativamente alla nascita degli *Institutional Review Boards* (IRB), ossia organismi indipendenti preposti alla supervisione dei protocolli di ricerca clinica<sup>162</sup>.

---

<sup>160</sup> A. G. SPAGNOLO, R. MINACORI, *Il consenso informato*, cit., 183 – 184. Cfr. anche E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica*, cit., 19 – 20.

<sup>161</sup> G. CORBELLINI, *Dichiarazione di Helsinki*, in *Enciclopedia della Scienza e della Tecnica*, da [www.treccani.it](http://www.treccani.it) (accesso del 17 – 11 – 2015). L'autore precisa, però, che la Dichiarazione ammette comunque l'intervento del tutore nel caso di soggetti non in grado di dare il consenso a causa dell'età, delle condizioni fisiche o di un ritardo mentale, richiedendo tuttavia che, ove possibile, l'assenso della persona.

<sup>162</sup> M. IMMACOLATO, M. MORI, *Comitati etici*, cit., 708 ss., ricordando, tra i 17 protocolli segnalati, il *Tuskee Protocol* che, iniziato nel 1936 in Alabama, era ancora in atto e



E può considerarsi una conseguenza di queste denunce anche la profonda revisione della Dichiarazione di Helsinki votata a Tokyo nel 1975. Invero, è soltanto in questa sede che il consenso viene per la prima volta definito esplicitamente «informato», cioè contemplante «gli scopi, i metodi, i benefici previsti ed i potenziali rischi dello studio e i disagi che esso può comportare»<sup>163</sup>.

Detta dichiarazione, sebbene sprovvista di vincolatività giuridica, rimane tuttora un fondamentale punto di riferimento per l'elaborazione dei principi etico – deontologici della ricerca medica. Tuttavia, si è da più parti osservato che, per il suo carattere di genericità e per l'insufficienza della regolamentazione relativa al consenso informato, nonché alla proporzionalità tra rischi e benefici, ha richiesto una costante opera di specificazione.

In tale prospettiva, la prima significativa articolazione dei principi etici che governano le sperimentazioni sui soggetti umani va rinvenuta nel Rapporto Belmont<sup>164</sup>, documento che può essere considerato alla stregua di una evoluzione in tempo di pace del Codice di Norimberga. Difatti, in tale

---

prevedeva la somministrazione a persone di colore malate di sifilide di un semplice placebo per poter studiare le fasi finali della malattia, e ciò senza preventivamente informare né raccogliere il consenso di tali soggetti. Cfr. anche C. BUCCELLI, *L'attività sperimentale tra principi etici*, cit., 13; G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico – paziente*, cit., 274 – 275; C. FLAMIGNI, M. MENGARELLI, *Nelle mani del dottore? Il racconto e il possibile futuro di una difficile relazione*, Milano, 2014, 179, ove si evidenzia che il processo di umanizzazione della ricerca scientifica risultava disseminato di ostacoli. L'ostacolo maggiore consisteva nella diffusa convinzione che, negli stati democratici, la ricerca scientifica già si muoveva entro gli argini delle più ampie garanzie e che nessuno poteva ricavare da essa un patimento. Un ulteriore pregiudizio riguardava la concezione di taluni soggetti, come ad esempio i trovatelli, quali individui ampiamente beneficiati dalla società e tenuti, anche attraverso la sottoposizione alla sperimentazione scientifica, a ripagare la stessa.

<sup>163</sup> A. G. SPAGNOLO, R. MINACORI, *Il consenso informato*, cit., 184 – 185.

<sup>164</sup> Rapporto conclusivo dei lavori della *National Commission for the protection of human subjects on biomedical and behavioural research*, istituita nel 1974 dal Presidente Carter sull'onda delle considerevoli preoccupazioni suscitate, nel decennio precedente, dalla pubblicazione di numerosi articoli che portavano alla luce la violazione dei principi etici cristallizzati dal Codice di Norimberga nelle pratiche di sperimentazione su soggetti umani.

documento, vengono analizzati in maniera specifica i tre principi etici fondamentali che devono governare la sperimentazione sull'uomo, ossia i principi di autonomia, di beneficiabilità e di giustizia, e si delinea in via definitiva l'evoluzione del *voluntary consent* in *informed consent*, che inciderà in maniera significativa sulla successiva progressione della giurisprudenza americana<sup>165</sup>.

Ma, se il continente americano si pone in prima linea nell'elaborazione pionieristica del concetto di consenso informato, anche il continente europeo, attraverso gli organismi di portata internazionale, si dimostra vigile nel recepire queste spinte evolutive.

---

<sup>165</sup> C. BUCCELLI, *L'attività sperimentale tra principi etici*, cit., 13 – 14, il quale prosegue osservando che negli anni immediatamente successivi all'emanazione di tale rapporto, in principi etici in esso condensati travalicano la ristretta area delle sperimentazioni per invadere, attraverso l'opera di studio di diversi autori, l'intero ambito biomedico, sì da fornire la soluzione di dilemmi e conflitti morali nella maniera più oggettiva possibile. Cfr. anche L. HUOBER, *Analisi degli aspetti storici, etici e normativi delle Dichiarazioni universali nel campo della Bioetica*, 2008, da [www.fedeo.unina.it](http://www.fedeo.unina.it) (accesso del 18 – 11 – 2015); A. G. SPAGNOLO, R. MINACORI, *Il consenso informato*, cit., 184 – 185; V. MALLARDI, *Le origini del consenso informato*, cit. Tale ultima autrice si sofferma anche sull'evoluzione giurisprudenziale in atto, dagli anni '50 in poi, presso le corti statunitensi, in un quadro legislativo ancora immaturo. Particolarmente rilevante, al riguardo, è il processo noto come caso Martin Salgo (1957), nella cui sentenza i magistrati statunitensi sottolinearono che l'obbligo dell'informazione al fine di ottenere un adeguato e consapevole consenso (definito con il termine "consenso intelligente") si doveva doverosamente ed in modo tassativo estendere non solo agli eventuali e probabili pericoli legati al tipo di prestazione proposta, ma anche alle possibili terapie alternative che in concreto ed utilmente in senso pratico potevano essere scelte ed effettuate. Significativo anche il caso Cooper (1971) che si concluse con l'affermazione che l'obiettivo principale del consenso era quello di far conoscere in concreto al malato tutte le caratteristiche ed i risvolti della sua affezione nonché quelli relativi alle varie possibilità di trattamento per metterlo in grado di poter compiere scelte e decisioni consapevoli. A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine – vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, *Relazione presentata al Convegno «Testamento biologico e libertà di coscienza» presso l'Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 12 e 13 aprile 2012*, in *Eur. e dir. priv.*, 2, 2003, 457 ss., il quale, nell'occuparsi dell'evoluzione giurisprudenziale, evidenzia come a partire dagli anni '70 la corporeità venga concepita come una dimensione di esclusività intangibile che, in combinazione con il principio dell'eguaglianza, imporrebbe di estendere il diritto di rifiutare le cure anche all'incapace, senza considerare però che, se il consenso informato è il frutto di una scelta personale, è impossibile riprodurlo nelle situazioni relative all'incapace.

Al riguardo, deve farsi menzione, in collegamento rispetto a quanto in precedenza osservato, al costante impegno del Consiglio d'Europa, ineludibile presidio dei diritti umani. Invero, dopo l'emanazione della CEDU, detto organismo ha proceduto all'emanazione di un elevato numero di Raccomandazioni che, pur configurandosi quali strumenti giuridicamente non vincolanti, hanno spesso aperto la via per la proliferazione del dibattito bioetico sul piano nazionale ed internazionale. Questa marcia incessante è poi culminata nell'elaborazione della Convenzione di Oviedo del 1997 per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano rispetto all'utilizzazione della biologia e della medicina<sup>166</sup>. Detta Convenzione è strutturata in 14 capitoli, per un totale di 38 articoli, preceduti da un preambolo che riporta i motivi ispiratori della Convenzione; tra questi ha particolare rilievo il concetto che un uso improprio della biologia e della medicina può minacciare la dignità e i diritti dell'uomo.

Di particolare rilievo risultano, poi, l'art. 2, emblematicamente rubricato «Primato dell'essere umano», in base al quale «l'interesse e il bene

---

<sup>166</sup> A. ODDENINO, *Profili internazionali ed europei*, cit., 83. Cfr. anche R. SAPIENZA, *La Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in *Riv. dir. inter.*, 1998, 457 ss.; C. CAMPIGLIO, *Il principio di non discriminazione genetica nella recente prassi internazionale*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI, *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber Fausto pocar*, Milano, 2009, 51 ss.; G. CORBELLINI, *Convenzione di Oviedo*, in *Enciclopedia della Scienza e della Tecnica*, da [www.treccani.it](http://www.treccani.it) (accesso del 20 novembre 2015). La Convenzione costituisce il primo trattato internazionale espressamente riguardante la bioetica. È stata promossa dal Consiglio d'Europa attraverso un comitato ad hoc di esperti di bioetica, e firmata a Oviedo il 4 aprile 1997 nell'ambito di una solenne cornice diplomatica e integrata da tre protocolli aggiuntivi: un protocollo sul divieto di clonazione di esseri umani, sottoscritto a Parigi il 12 gennaio 1998; un protocollo relativo al trapianto di organi e tessuti di origine umana, sottoscritto a Strasburgo il 4 dicembre 2001; un protocollo addizionale riguardante la ricerca biomedica firmato il 25 gennaio 2005 a Strasburgo. Tuttavia, la Convenzione non è stata adottata da tutti i paesi dell'Unione Europea: Gran Bretagna, Germania, Belgio, Austria e altre nazioni non l'hanno sottoscritta, mentre altri paesi – tra cui Francia, Svezia e Svizzera – l'hanno sottoscritta ma non ancora recepita. L'Italia ha recepito la Convenzione attraverso la legge del 28 marzo 2001 n. 145, ma non ha ancora predisposto gli strumenti per adattare l'ordinamento giuridico italiano ai principî e alle norme della Convenzione e dei Protocolli.

dell'essere umano debbono prevalere sul solo interesse della società o della scienza», e l'art. 5, a tenore del quale «un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato un consenso libero ed informato»; e, ancora, per ciò che concerne il profilo della tutela auto deterministica della persona, i successivi artt. 6, 7 e 9<sup>167</sup>, che sembrano delineare il documento complessivamente inteso quale trasfusione europea dei principi già sapientemente enucleati dal Rapporto Belmont.

Peraltro, sebbene detto documento in assenza di ratifica risulti sprovvisto di vincolatività giuridica, va ricordato come i principi in esso contenuti rappresentino un valido ausilio interpretativo, che, nella materia del biodiritto, assume una portata tutt'altro che marginale, atteso il carattere insidioso ed evanescente della materia; invero, come ricordato dalla Corte di cassazione, «esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme»<sup>168</sup>.

Dunque, la caldera del costituzionalismo post – bellico ci pone dinanzi a due correnti normative, l'una orientata verso la creazione di documenti di tutela internazionale della persona, quali la Dichiarazione universale dei

---

<sup>167</sup> L'art. 6 della Convenzione recita «Sotto riserva degli articoli 17 e 20, un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, se non per un diretto beneficio della stessa, (...). Allorquando, secondo la legge, un maggiorenne, a causa di un handicap mentale, di una malattia o per un motivo simile, non ha la capacità di dare consenso ad un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge, (...)»; l'art. 7: «La persona che soffre di un disturbo mentale grave non può essere sottoposta, senza il proprio consenso, a un intervento avente per oggetto il trattamento di questo disturbo se non quando l'assenza di un tale trattamento rischia di essere gravemente pregiudizievole alla sua salute e sotto riserva delle condizioni di protezione previste dalla legge comprendenti le procedure di sorveglianza e di controllo e le vie di ricorso»; l'art. 9: «I desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione».

<sup>168</sup> Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in C. CASONATO, F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico*, cit., 56.

diritti dell'uomo e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'altra gemmata dalla nascita dei primi Codici di deontologia medica, emblematicamente individuabile nel Codice di Norimberga, e proseguita attraverso l'aggiornamento ed il perfezionamento degli stessi; e tra questi ultimi può farsi significativamente riferimento, oltre a quelli già menzionati, anche alla Dichiarazione di Sidney del 1968, riconducibile sempre all'ANM e aggiornata a Venezia nel 1983, nonché al documento intitolato «Principi di Etica Medica Europea», pubblicato a Parigi nel 1987, in occasione della Conferenza Internazionale degli Ordini dei Medici della Comunità Economica Europea<sup>169</sup>.

Sul piano europeo, questo processo evolutivo sembra culminare nell'emanazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>170</sup>, proclamata a Nizza nel 2000 e dotata di vincolatività diretta

---

<sup>169</sup> E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica*, cit., 20 – 21.

<sup>170</sup> Approvata dal Parlamento europeo nel novembre 2000 e sottoscritta dal presidente di turno dell'Unione Europea nel 2007, la Carta enuncia i diritti civili, politici, economici e sociali dei cittadini europei e di tutte le persone che vivono sul territorio dell'Unione. Si compone di 54 articoli e di un preambolo, in cui sono richiamati i valori spirituali e morali dell'UE. Onde avere un quadro più completo del panorama normativo europeo in tema di attività medica e sperimentazioni, è opportuno menzionare C. FLAMIGNI, M. MENGARELLI, *Nelle mani del dottore?*, cit., 179 – 180, ove si fa riferimento anche alla Direttiva 2001/20/CE, recepita dall'Italia nel 2003. Questa direttiva, all'art. 2, comma 1, lett. j), definisce espressamente il consenso informato come «la decisione scritta, datata e firmata a partecipare ad una sperimentazione clinica presa spontaneamente, dopo essere stata debitamente informata della natura, dell'importanza, della portata e dei rischi della sperimentazione ed aver ricevuto una documentazione appropriata, da una persona capace di dare il proprio consenso ovvero, qualora si tratti di una persona che non è in grado di farlo, dal suo rappresentante legale o da un'autorità, persona o organismo previsti dalla legge. Se il soggetto non è in grado di scrivere, può in via eccezionale fornire un consenso orale alla presenza di almeno un testimone, secondo quanto disposto dalla legislazione nazionale»; C. BUCCELLI, *L'attività sperimentale tra principi etici*, cit., 15 – 16. il quale fa altresì riferimento, nella ricostruzione del panorama normativo europeo, alle «Good clinical practice for trials on medicinal products in European Community» (GPC), norme che esplicitano nei dettagli operativi i principi espressi dalla Dichiarazione di Helsinki e definiscono lo standard in base al quale gli studi clinici sono programmati e ripartiti in modo che vi sia adeguata attendibilità in ordine ai dati ottenuti, accompagnata dal rispetto della privacy. Tali dichiarazioni sono poi confluite nella Direttiva 91/507/CEE del 19 luglio 1991 («Norme di buona pratica clinica per la sperimentazione clinica dei medicinali», recepita in Italia con D.M. Sanità 27 aprile 1992.

con l'entrata in vigore del successivo Trattato di Lisbona, avvenuta il 1 dicembre 2009, che le ha riconosciuto lo stesso valore giuridico dei Trattati<sup>171</sup>, facendo dell'Europa la regione del mondo dove è più elevato il riconoscimento delle libertà e dei diritti. Ci si trova, dunque, dinanzi ad un documento legislativo "comunitarizzato", applicabile all'interno dei singoli Stati membri pur in assenza di un'apposita legge di ratifica, e tale da imporre ai singoli giudici, nella risoluzione delle controversie che ricadano nell'ambito operativo dell'Unione europea, di provvedere alla disapplicazione delle normative interne che vengano ad impattare inesorabilmente con i diritti fondamentali garantiti dalla Carta<sup>172</sup>.

Documento che, dopo aver sancito l'inviolabilità della dignità umana e l'intangibilità del diritto alla vita, già all'interno dell'art. 3 afferma il diritto di ogni individuo alla propria identità fisica e psichica e la necessità, nell'ambito della medicina e biologia, di rispettare il principio del consenso libero ed informato, arricchito dal divieto di pratiche eugenetiche, di clonazione, di adoperare il corpo umano quale fonte di lucro<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> In particolare, si fa riferimento all'art. 6, comma 1, TUE, a guisa del quale «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

<sup>172</sup> R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 8 – 10; cfr. anche A. PIZZORUSSO, *Una Costituzione "ottriata"*, in E. PACIOTTI (a cura di), *La Costituzione europea. Luci ed ombre*, Roma, 2003, 57 ss., il quale si interroga circa l'ammissibilità di quello che sembrerebbe un vero e proprio controllo di costituzionalità diffusa, mercé la disapplicazione del diritto nazionale ad opera del singolo giudice *a quo*; circa il dibattito relativo all'individuazione del perimetro di applicabilità della Carta di Nizza, G. OBERTO, *La tutela dei diritti fondamentali nelle Carte costituzionali, ovvero nel difficile dialogo tra Carte e Corti*, in *Dir. famiglia*, 1, 2013, 173 ss.

<sup>173</sup> Il testo integrale della disposizione oggetto di esame recita: «Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge; il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone; il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro; il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani». Detta disposizione segue l'art. 1, in base al quale: «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata» e l'art. 2, a tenore del quale «ogni individuo ha diritto alla vita. Nessuno può

E propria la decisione, trasfusa nella Carta, di affidarsi prima di ogni altra alla parola «dignità», esibisce la necessità di esprimere la consapevolezza di rischi mai del tutto tramontati e di custodire una memoria che pervade ormai lo scenario europeo, che si ricollega a filo doppio con l'affermazione, contenuta nel Preambolo, della collocazione della persona al centro dell'azione comunitaria, secondo una logica che rievoca quella del nostro sistema costituzionale<sup>174</sup>.

Pertanto, in un sistema in cui convivono dimensione nazionale e sovranazionale, la garanzia dei diritti fondamentali spezza l'autoreferenzialità dell'agire economico, non più considerato come attività preminente su tutte le altre e perciò legittimata ad essere anche fonte della regola. La struttura della Carta conferma questa linea ricostruttiva, posto che i suoi sei capitoli sono intitolati a dignità, libertà, eguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia, rimarcando quelli che ormai sono i principi fondativi del sistema costituzionale europeo. Viene così stabilizzata la trasformazione dell'Unione Europea in una comunità non solo di diritto, ma proprio “di diritti”, che diventano una risorsa sostitutiva rispetto alle sensibili differenze di lingua, di valori, di contesti economici e sociali; e ciò assorbendo dal costituzionalismo statale il carattere fondamentale dei diritti sociali e culturali e nel contempo introducendo contenuti che attualizzano lo stesso discorso statale sui diritti, soprattutto rispetto alle costituzioni scritte nell'immediato dopoguerra<sup>175</sup>.

---

essere condannato alla pena di morte, né giustiziato». Dunque, la Carta di Nizza sembra avere quale punto di riferimento il principio di dignità della persona, sotto quest'aspetto allineandosi alla *Grundgesetz* tedesca, il cui art. 1 recita: «La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla». Cfr. anche F. DE SANCTIS, *Riflessioni sull'homo dignus*, in *Riv. crit. dir. priv.*, XXIX, 1, 2011.

<sup>174</sup> S. RODOTÀ, *La rivoluzione della dignità*, cit., 16 – 20, il quale rievoca le parole di Primo Levi secondo le quali «per vivere occorre un'identità, ossia una dignità»; cfr. anche T. PASQUINO, *Dignità della persona*, cit., 554 ss.

<sup>175</sup> A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci ed ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Diritto dell'Unione Europea (II)*, 1, 2014, 1 ss., il quale, nell'evidenziare la portata innovativa della Carta di Nizza, richiama il riferimento, contenuto nel Preambolo, alla

Il tutto in un contesto che consacra il giudice quale attore protagonista della tutela multilivello, destinandolo, con il suo incedere ermeneutico, alla rilettura evolutiva ed all'applicazione compenetrativa dei documenti di tutela dei diritti fondamentali, ribaltando il radicato principio della sottoposizione del giudice alla legge ed inserendo il momento interpretativo nel processo di produzione del diritto<sup>176</sup>.

E, nel momento in cui si invoca una più penetrante integrazione politica, finalizzata al raggiungimento di più ambiziosi obiettivi economici, la Carta dei diritti è lì ad ammonirci, evidenziando che questa integrazione non può risolversi soltanto nella dimensione economica, ma esige una pari rilevanza dei diritti fondamentali, intesi quale piattaforma indispensabile che regge la democraticità dell'Unione Europea e legittima l'autoritatività di detto organismo nei confronti dei cittadini dei singoli stati membri<sup>177</sup>.

---

responsabilità e ai doveri nei confronti delle generazioni future, e, passando al corpo del testo, l'inserimento di disposizioni specifiche in tema di consenso informato, di clonazione riproduttiva e di pratiche eugenetiche. Cfr. anche G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, in *Diritto dell'Unione Europea (II)*, 2011, 839 – 840; M. E. GENNUSA, L. VIOLINI, *Dignità umana e diritto alla vita*, in P. GIANNITI (a cura di), *I diritti fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, 2009, 449 ss.

<sup>176</sup> P. GROSSI, *Crisi della legge e processi di globalizzazione*, in *Quaderni del dottorato di ricerca in diritto ed economia*, Napoli, 2004, 20 – 21; Cfr. anche E. ROSSI, *La Carta europea dei diritti e l'espansione del diritto giurisprudenziale*, in AA.VV. (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003, 289 ss.; A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci ed ombre*, cit., 1 ss. L'Autore rimarca in maniera conferente che questa valorizzazione dell'ermeneusi giudiziale trova il suo punto di massima esaltazione quando il giudice si confronta con il linguaggio dei diritti fondamentali, dal momento che il linguaggio costituzionale è strutturalmente aperto, caratterizzato da clausole dalla dimensione intrinsecamente plurale e indeterminata, per il cui riempimento contenutistico l'opera giurisprudenziale diviene fondamentale.

<sup>177</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, 30 – 35, 158 – 160, ove osserva altresì che il riconoscimento della centralità della persona sarebbe incompleto ove trascurasse la dimensione del “corpo elettronico”, tenuto conto che, oramai, la nostra vita si traduce in flusso continuativo di informazioni e di dati. Ma di tale necessità si fa sapientemente interprete la Carta oggetto di esame, ove opera una distinzione tra il tradizionale diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, di cui all'art. 7 ed il diritto alla protezione dei dati personali, di cui al successivo art. 8, delineando un diritto fondamentale nuovo e autonomo. Il problema specifico è quello di non affidare la costruzione della nostra persona completamente ad altri, che potrebbero organizzare ed



La “rivoluzione della dignità”, locuzione con cui Rodotà ama rappresentare questo processo, «traduce non solamente l’idea di una protezione dell’individuo in quanto essere umano, ma anche la presa di coscienza dell’appartenenza di tutti al genere umano confrontata con una comunità di destini che obbliga a definire nuove forme di solidarietà fra gli uomini»<sup>178</sup>. E, dunque, non è l’etica intrinseca della scienza né l’etica naturalistica, radicata, al fondo, nel senso innato delle cose, che può indurre a questo rispetto, ma solo ed esclusivamente l’etica della persona.

La dura lezione dei totalitarismi ha fornito la spinta per una fuoriuscita dal sistema di garanzie degli Stati di diritto nazionali, basato sull’autolimitazione dei poteri pubblici, proiettando la tutela dei diritti fondamentali oltre i confini nazionali<sup>179</sup>, lungo «un tragitto antropologico che muove dal borghese proprietario e contrattante e approda a una persona considerata come tale, irriducibile a qualcosa di diverso dal riconoscimento della sua individualità, umanità, dignità sociale»<sup>180</sup>.

Quel che abbiamo davanti è il prodotto di una lunga e complessa storia, ma, ciò nondimeno, vi è ancora chi sottolinea l’incompletezza di tale parabola. Diritti politici e diritti sociali restano i nodi irrisolti del sistema *multilevel*, in quanto ancora oggi minacciati dalle contromisure adottate per fronteggiare le crisi dei debiti sovrani (si pensi, su tutte, al *fiscal compact* e

---

adoperare i dati ad essa relativi per il perseguimento di propri fini egoistici, «espropriandoci del diritto di mantenere il controllo su questo nuovo corpo».

<sup>178</sup> A. BOMPIANI, *Dignità della persona umana*, cit., il quale sottolinea come questo modo di pensare, ispirato al fondo da una concezione kantiana di dignità, anima da sempre il lavoro del Consiglio d’Europa e, negli ultimi anni, anche quello dell’Unione Europea.

<sup>179</sup> V. OMAGGIO, *Individuo, persona e costituzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2014, 77 ss. L’autore prosegue nel suo ragionamento affermando in maniera esplicativa che «la persona non è più l’individuo astratto delle prime grandi gloriose costituzioni e codificazioni — il quale faceva da *pendant* al dispositivo sovranitario dello Stato moderno — ma non ne rappresenta neppure la cancellazione né il disconoscimento, bensì lo sviluppo e la concretizzazione, mediante la rappresentazione di un soggetto in carne e ossa, colto nel concreto dei suoi bisogni». Cfr. anche M. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana*, trad. it. di E. GREBLO, Bologna, 2002.

<sup>180</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 9.

al vincolo del pareggio di bilancio)<sup>181</sup> che, seppur in una cornice emergenziale, rischiano potenzialmente di riscrivere la mappa di preminenza europea dei valori. Sicché, in un quadro ordinamentale che avverte con intensità sempre maggiore il bisogno di respirare in termini umani, calato in un'Europa che sembra voler costruire la propria identità intorno ai principi della solidarietà e dalla coesione sociale, il consolidamento dei punti fermi dello statuto della persona appare non più un semplice risultato da auspicare ma una realtà non più sopprimibile.

Senz'altro un ulteriore passo in avanti può essere rinvenuto nell'emanazione del recente Regolamento (UE) n. 536/2014, adottato per disciplinare la sperimentazione clinica dei medicinali per uso umano, che costituisce il risultato, ampiamente sebbene non universalmente condiviso, di un fecondo dialogo tra gli Stati membri, fondato sulla condivisione di valori costituzionali comuni<sup>182</sup>.

---

<sup>181</sup> A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci ed ombre*, cit., 1 ss. il quale evidenzia che, questa preoccupante inflessione si accompagna negli ultimi anni, proprio alla luce di taluni insoddisfacenti risultati economici, ad un generalizzato euroscetticismo, esteso anche ai paesi fondatori del progetto europeo. E non sorprende, in tale quadro, una rinascita dell'uso difensivo della teoria dei controlimiti da parte delle singole realtà nazionali, ad opera della giurisprudenza delle Corte costituzionali dei paesi membri; emblematiche, in tal senso, le decisioni del Tribunale Costituzionale polacco, SK 45/09 del 16 novembre 2011, e della Corte Costituzionale Ceca del 31 gennaio 2012 - PI US 5/12. Cfr. anche G. OBERTO, *La tutela dei diritti fondamentali nelle Carte costituzionali*, cit., 173 ss., il quale ritiene di prioritaria importanza che gli Stati membri dell'Unione europea abbandonino la tradizionale gelosia con cui da sempre hanno voluto conservare per sé, quale manifestazione del potere di sovranità interno, la vita ed il funzionamento del potere giudiziario, per dare vita ad una magistratura che possa dirsi europea sia per vocazione che per uniformità di disciplina, intensificando il dialogo tra Corti nazionali e Corti sovranazionali; A. DONATI, *Stoicismo e antistoricismo nella formazione del giurista*, in *Jus*, 1998, 307 ss.;

<sup>182</sup> Particolarmente significativa è la scelta della fonte, posto che il Regolamento, a differenza della Direttiva, risulta direttamente vincolante, in tutte le sue parti, nei confronti dei singoli Stati membri e la sua operatività prescinde dall'emanazione di apposite misure di recepimento. Ciò postula, dunque, il raggiungimento di un ampio livello di condivisione in ordine ai profili disciplinari in esso cristallizzati. Tuttavia, non può omettersi di rilevare che dette disposizioni dettagliate presentano un'efficacia differita nel tempo, atteso che, ai sensi dell'art. 99, il Regolamento entra in vigore a decorrere da sei mesi dopo la pubblicazione nella G.U.U.E. di apposito avviso da parte della Commissione, pubblicazione che non potrà avvenire prima del 28 maggio 2016.

All'interno di tale testo normativo trovano recepimento i principi consacrati nelle summenzionate Carte fondamentali di rilievo sovranazionale, posto che già l'art. 3 appare incentrato sulla salvaguardia della dignità della sicurezza e del benessere dei soggetti coinvolti<sup>183</sup> ed il successivo art. 32 consente lo svolgimento della sperimentazione soltanto in presenza di motivi scientifici in grado di dimostrare «un beneficio diretto superiore ai rischi o agli oneri associati». Nel contempo, ad una maggiore genericità della disciplina previgente in materia di raccolta del consenso informato si sostituisce l'introduzione di una disciplina dettagliata dedicata a questa garanzia individuale, cui viene dedicato l'intero Capo V, che, in riferimento alle ipotesi in cui risulti impossibile la sottoscrizione dell'apposito documento, consente l'utilizzo di mezzi alternativi di manifestazione della volontà, quali ad esempio le registrazioni audio e video<sup>184</sup>.

Particolarmente dettagliata è inoltre la disciplina relativa alla procedura di autorizzazione alla sperimentazione clinica, che si dipana attraverso gli artt. da 47 a 50 e che richiede la partecipazione di persone provviste di adeguata

---

<sup>183</sup> Detta disposizione recita: «Una sperimentazione clinica può essere condotta esclusivamente se: i diritti, la sicurezza, la dignità e il benessere dei soggetti sono tutelati e prevalgono su tutti gli altri interessi; nonché è progettata per generare dati affidabili e robusti».

<sup>184</sup> Al riguardo, è opportuno richiamare il testo dell'art. 29, a tenore del quale: «Il consenso informato è scritto, datato e firmato dalla persona che tiene il colloquio di cui al paragrafo 2, lettera c), e dal soggetto o, qualora il soggetto non sia in grado di fornire un consenso informato, dal suo rappresentante legalmente designato, dopo essere stato debitamente informato conformemente al paragrafo. Se il soggetto non è in grado di scrivere, il consenso può essere fornito e registrato mediante appositi strumenti alternativi, alla presenza di almeno un testimone imparziale. In tal caso il testimone appone la propria firma e la data sul documento del consenso informato. Il soggetto o, qualora il soggetto non sia in grado di fornire un consenso informato, il suo rappresentante legalmente designato riceve una copia della documentazione (o della registrazione) con cui è stato ottenuto il consenso informato. Il consenso informato è documentato. Al soggetto o al suo rappresentante legalmente designato è concesso un periodo di tempo adeguato affinché possa soppesare la sua decisione di partecipare alla sperimentazione clinica (...)».

qualificazione professionale ed operanti nel rispetto del protocollo e dei principi della buona pratica clinica<sup>185</sup>.

In definitiva, ci si trova senza dubbio dinanzi ad un'iniziativa legislativa che, da un lato costituisce un argine alla proliferazione di sperimentazioni prive dei necessari presupposti di scientificità, emblematicamente rappresentate in Italia dai casi Di Bella e Stamina, dimostratisi incapaci di assicurare un effettivo miglioramento per la salute dei pazienti; dall'altro, tende a scongiurare eventuali intenti speculatori che potrebbero celarsi dietro l'attività sperimentale, potenzialmente in grado di arrecare danno alle finanze dello Stato a fronte del raggiungimento di risultati nulli sotto il profilo scientifico<sup>186</sup>.

In tal modo, viene auspicabilmente assecondata il surriferito processo di costruzione di un'identità solidaristica europea, attraverso la coraggiosa scelta dello strumento regolamentare, scelta che palesa la volontà degli

---

<sup>185</sup> Particolarmente rilevante, in proposito, è il testo del surriferito art. 47: «Il promotore di una sperimentazione clinica e lo sperimentatore garantiscono che la sperimentazione clinica sia condotta in conformità al protocollo e ai principi della buona pratica clinica. Fatte salve qualsiasi altra disposizione del diritto dell'Unione o le linee guida della Commissione, il promotore e lo sperimentatore, nel redigere il protocollo e nell'applicare il presente regolamento e il protocollo, tengono altresì opportunamente conto degli standard di qualità e delle linee guida ICH di buona pratica clinica. La Commissione rende disponibili al pubblico le linee guida internazionali dettagliate ICH di buona pratica clinica di cui al secondo comma».

<sup>186</sup> L. CHIEFFI, *Per una disciplina uniforme a livello europeo della sperimentazione clinica*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Aspetti etici della sperimentazione biomedica. Evoluzione criticità, prospettive*, Napoli, 2015, 28 – 32, il quale rinviene nella recente disciplina comunitaria «un efficace baluardo interpretativo, di difficile aggiramento proprio in considerazione della sua capacità vincolante e forza impositiva all'interno del sistema multilivello delle fonti del diritto», tale da consentire l'erogazione di terapie compassionevoli soltanto in presenza di una ragionevole e solida base scientifica e di una prescrizione elaborata da un gruppo di esperti designati da apposite istituzioni sanitarie pubbliche; cfr. anche C. BUCCELLI, *L'attività sperimentale tra principi etici*, cit., 19 – 20; C. CASONATO, *I percorsi evolutivi della sperimentazione umana*, cit., 41 – 45; C. VENDITTI, *L'autonomia contrattuale nella sperimentazione*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Aspetti etici della sperimentazione biomedica. Evoluzione criticità, prospettive*, Napoli, 2015, 46 – 52, il quale si sofferma sulla regolamentazione europea del contratto di sperimentazione clinica alla luce della dettagliata disciplina di acquisizione del consenso informato, con particolare riferimento alla tutela delle persone deboli, contenuta all'interno del Capo V del Regolamento oggetto di esame.

Stati europei di intensificare il processo di armonizzazione della disciplina delle sperimentazioni e, in linea generale, di raggiungere più avanzati obiettivi di integrazione sovranazionale, in virtù dell'emersione di una condivisa volontà comunitaria.

#### ***1.4. L'entrata in vigore del testo costituzionale: un punto di rottura con il passato***

Ricostruita in tal senso la progressione della tutela dell'individuo nel panorama internazionale, occorre concentrare la lente di indagine sullo scenario italiano, analizzando le modalità con le quali esso ha risposto alle spinte del costituzionalismo post – bellico.

Come innanzi osservato, nell'arco temporale immediatamente successivo alle vicende di Norimberga, si assiste alla consacrazione dei diritti della personalità quale nucleo portante della specificità europea, in conseguenza dello scontro della costruzione giuridico – simbolica otto – novecentesca con gli esiti, dirompenti per lo Stato – nazione, delle guerre mondiali e del totalitarismo<sup>187</sup>.

Si inaugura così un processo di trasformazione dello stato moderno, che si dota internamente di un ordinamento che sottopone i pubblici poteri al rispetto di alcune prerogative fondamentali dell'individuo e che, sul piano esterno, con la nascita dell'Onu, subisce la soppressione dello *ius ad bellum*, che della sovranità esterna era il principale connotato; di talché con la sottoposizione all'autorità degli organismi internazionali, si pone fine al processo di identificazione degli stati con il loro stesso diritto, secondo il vecchio postulato giuspositivistico che sovrapponeva il concetto di diritto con il diritto statale. Trattasi di un mutamento culturale che riscopre il

---

<sup>187</sup> M. SALVATI, *Dal Tribunale di Norimberga alla tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Passato e presente: Rivista di storia contemporanea*, 56, 2002, 17.

significato di “Costituzione”, «ossia la convenzione democratica intorno a ciò che è indecidibile da qualunque maggioranza, o perché non può essere deciso o perché non può non essere deciso» e, in altre parole, sistema di norme meta – legali destinato a vincolare i pubblici poteri nella consacrazione di alcuni diritti fondamentali<sup>188</sup>.

Nella nuova prospettiva costituzionale, il corpo umano non è più inteso soltanto come mero oggetto; smarrisce la sua dimensione prettamente empirica e non è più semplice risultato di processi naturalisticamente intesi, ma viene riscoperto nella sua capacità di sentire, di localizzare come proprie le sensazioni, dotato di proprietà riflessive, e, dunque, come realtà psico – fisica e insieme luogo del vissuto<sup>189</sup>.

Questa trasformazione di carattere socio – politico, fondata su di una inedita riflessione etica, involge in via diretta lo stato italiano, del quale è opportuno analizzare l’evoluzione giuridica in tema di tutela della persona. Alla fine del secondo conflitto mondiale l’Italia costituiva un immenso campo di battaglia, costellato di città e paesi devastati, con una produzione agricola pressoché dimezzata e con un ceto imprenditoriale che, risultando in larga parte compromesso con il fascismo, si era reso latitante; la moneta era carta straccia e l’inflazione galoppava, mentre due milioni di disoccupati premevano sull’assistenza pubblica<sup>190</sup>.

---

<sup>188</sup> L. FERRAJOLI, *Ipotesi per una democrazia cosmopolitica*, in G. CAZZANIGA, *Metamorfosi della sovranità tra Stato nazionale e ordinamenti giuridici mondiali*, Pisa, 1999, 102 ss.; cfr. anche M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma – Bari, 2009; M. DELMAS – MARTY, *La refondation des pouvoirs*, Parigi, 2007, 41 – 67.

<sup>189</sup> M. T. CATENA, *Corpo, cit.*, 95 – 97.

<sup>190</sup> E. FASSONE, *Una Costituzione amica*, Milano, 2012, 93 ss. L’Autore, nel ricostruire lo scenario italiano all’alba dell’entrata in vigore del testo costituzionale, rileva altresì che dopo la liberazione, ossia nel 1945 e nel 1946, si verificarono ancora gravi fatti di sangue e regolamenti di conti, posto che, a seguito degli accordi di Yalta, l’Italia raccoglieva un anticomunismo ed antisovietismo sempre più allarmato. Ciò contribuiva a rendere ancor più drammatico il quadro socio – economico della nazione, rendendo ancor più faticoso il percorso legislativo per l’indizione del referendum istituzionale (per l’individuazione della forma istituzionale dello Stato) e delle elezioni.

Ma, soprattutto, in questo scenario post – apocalittico, il sistema istituzionale italiano era pervaso dalla strisciante consapevolezza dell'evidente fallimento dello Statuto Albertino, e in generale dell'istituto delle “costituzioni flessibili”<sup>191</sup>, come baluardo di tutela della persona, in considerazione della circostanza che sia il detto Statuto sia la Costituzione tedesca erano rimasti formalmente in vigore durante il periodo della deriva totalitaria, dimostrandosi inadeguati ad impedire le aberrazioni sopra descritte, in quanto svuotati di contenuto dalla legge ordinaria.

Invero, lo Statuto Albertino<sup>192</sup>, così come le altre costituzioni dell'epoca, era ispirato ai principi dello Stato liberale, trattandosi di una costituzione ottriata, ossia concessa unilateralmente e spontaneamente dal sovrano, piuttosto che votata democraticamente, nonché flessibile, cioè avente pari grado rispetto alla legge ordinaria, nonché da essa modificabile. E proprio tale flessibilità aveva consentito la sostanziale soppressione delle libertà civili e la quasi totale sovrapposizione tra le strutture istituzionali e quelle del regime fascista<sup>193</sup>.

Emergeva così la necessità, dopo la caduta del fascismo, di ricostituire un sistema istituzionale stabile e di dotarlo di un testo costituzionale che cristallizzasse la piattaforma di valori collocati alla base del nuovo Stato, e che si ergesse realmente a baluardo invalicabile nella salvaguardia degli interessi fondamentali orbitanti intorno alla persona.

---

<sup>191</sup> È opportuno ricordare che con il termine “costituzione” si fa riferimento alla legge fondamentale di uno Stato, ossia ad un atto legislativo che delinea i caratteri essenziali dello Stato stesso e che enuncia i valori ed i principi su cui esso si fonda, stabilendo altresì l'organizzazione politico – istituzionale che ne garantisce il funzionamento.

<sup>192</sup> Lo Statuto Albertino, concesso da Re Carlo Alberto ai sudditi del Regno di Sardegna il 4 marzo 1848, in seguito ai moti promossi dalle classi borghesi per ottenere un primo riconoscimento dei loro diritti fondamentali, può essere considerato come la prima vera e propria Carta costituzionale del Regno d'Italia, sebbene rappresenti un esempio di costituzione breve.

<sup>193</sup> F. DAL CANTO, S. PANIZZA, *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo, Volume I*, Torino, 2011, 74 ss.; cfr. anche F. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto costituzionale*, Napoli, 2015; R. FERRARA, *Il diritto alla salute, cit.*, 3 ss.;

Pertanto, con il referendum istituzionale del 2 e 3 giugno 1946, attraverso il quale i cittadini italiani scelsero la forma repubblicana<sup>194</sup>, si provvede anche all'elezione dei componenti dell'Assemblea Costituente, i cui lavori si protrassero dal 25 giugno fino al 22 dicembre dell'anno successivo, giorno dell'approvazione definitiva<sup>195</sup>.

Così, il 1 gennaio 1948, entrò in vigore la Costituzione italiana, i cui caratteri palesano una netta inversione di tendenza rispetto al passato.

Trattasi, infatti, in primo luogo, di una costituzione votata da un organo democraticamente eletto e, dunque, espressione effettiva della volontà del corpo elettorale; essa, inoltre, contiene il riconoscimento di diritti che, in quanto legati all'ontologia dell'essere umano, preesistono rispetto al testo stesso, non risultando tutelati per mera concessione del sovrano.

---

<sup>194</sup> Per un'analisi storica della dicotomia tra esperienza monarchica ed esperienza repubblicana nella realtà italiana si veda C. GALLIGANI, *Repubblica, democrazia, cit.*, 76 ss.

<sup>195</sup> E. FASSONE, *Una Costituzione amica, cit.*, 101 – 102, il quale precisa altresì che, come primo atto, l'Assemblea Costituente, composta da 556 membri, elesse suo capo provvisorio Enrico De Nicola, per poi provvedere alla formazione di una commissione interna, composta da 75 deputati scelti dai vari gruppi parlamentari, alla quale affidò il compito di redigere uno schema generale sul quale si articolerà la discussione generale. Detta commissione si articola, poi, in tre sottocommissioni: la prima si occupa dei “diritti e doveri dei cittadini”; la seconda affronta “l'ordinamento costituzionale della Repubblica”; la terza esamina la materia dei “diritti e doveri economici e sociali”. Le tre sottocommissioni, al completamento del lavoro, coordinano i rispettivi testi attraverso un comitato composto da 18 membri, per poi sottoporre il testo finale all'approvazione dell'Assemblea, cui si giunge con numerosi emendamenti. Cfr. anche F. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto costituzionale, cit.*, 39 ss.; C. GHISALBERTI, *Dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana. Spunti per una riflessione*, in S. ROGARI, *Dal 1848 al 1948: Dagli Statuti alla Costituzione Repubblicana: Transizioni a confronto. Atti del convegno di studi di Firenze, 11 – 12 dicembre 2008*, Firenze, 2010, 26 – 27, il quale evidenzia che, nella sua composizione, l'assemblea rifletteva le idealità ed i programmi dei partiti che la componevano; dunque, il testo elaborato dalla Costituente può considerarsi il risultato di una sorta di compromesso costituzionale tra le tre componenti politiche che vi erano rappresentate, la cattolica della democrazia cristiana, la marxista dei partiti comunista e socialista e quella della tradizione liberale impersonata dai vari gruppi che ad essa si riferivano. L'influenza cattolica è stata ad esempio decisiva nella definizione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa col riconoscimento della validità costituzionale degli Accordi Lateranensi del 1929. Le idealità marxiste si sono riflesse nella vasta serie di affermazioni di principio che hanno conferito al testo un contenuto sociale avanzato, estraneo alle costituzioni ottocentesche.



Ma soprattutto trattasi, oltre che di una costituzione scritta, di una costituzione rigida, in quanto non modificabile con gli strumenti legislativi ordinari, bensì attraverso un procedimento legislativo aggravato che richiede il raggiungimento di ampia condivisione da parte di tutte le forze politiche, proteggendo il sistema istituzionale ed i valori ad esso sottesi dal pericolo di eventuali scardinamenti unipartitici<sup>196</sup>. E, in particolare, può essere qualificata in termini di “costituzione rigida in senso forte”, posto che viene preposto un organo costituzionale, ossia la Corte costituzionale, a vigilare sul rispetto della stessa, con la possibilità di dichiarare incostituzionali, privandole della produttività di effetti giuridici con efficacia retroattiva, le disposizioni legislative che con essa si pongano in contrasto.

Infine, trattasi di una costituzione lunga, che non contiene solo ed esclusivamente norme relative all’organizzazione fondamentale dello Stato, ma si occupa altresì di riconoscere e tutelare, accanto alle libertà civili, i diritti politici ed economici dei cittadini, enunciando i valori sottesi all’intera struttura statale, che devono orientare l’operato dei pubblici poteri<sup>197</sup>.

---

<sup>196</sup> Nel dettaglio, per l’approvazione delle leggi di revisione costituzionale, ai sensi dell’art. 72, comma 4, Cost., la discussione deve sempre avvenire in Assemblea, non potendo trovare applicazione il procedimento decentrato in Commissione. Inoltre, onde sollecitare una peculiare ponderazione sui relativi contenuti, l’art. 138 Cost. prevede due deliberazioni, ad intervallo non minore di tre mesi, da parte di ciascuna Camera, richiedendosi nella seconda deliberazione il raggiungimento della maggioranza assoluta. Tuttavia, ove nella seconda votazione si raggiunga la sola maggioranza assoluta e non la maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, entro 3 mesi dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale un quinto dei membri di una Camera, o 500.000 elettori o 5 Consigli regionali possono avanzare richiesta di referendum costituzionale, con la conseguenza che la legge potrà essere promulgata soltanto se approvata dalla maggioranza dei voti validamente espressi in tale referendum.

<sup>197</sup> R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale. Quindicesima edizione*, Torino, 2014, 126 ss. Gli Autori sottolineano anche che la Costituzione italiana «non galleggia nel nulla», ma convive con numerose ulteriori componenti che costituiscono insieme il diritto costituzionale. Queste sono le leggi costituzionali, le tradizioni costituzionali, le leggi ordinarie che contribuiscono al completamento della disciplina costituzionale e, soprattutto, la giurisprudenza della Corte costituzionale. Difatti, detta giurisprudenza è

Alla base della nuova carta costituzionale, come innanzi accennato, sono stati posti il concetto di persona umana e il riconoscimento del legame comunitario o solidaristico, che, risultando frutto delle lunghe traversie della storia contemporanea, sono stati tradotti nell'art. 2 del testo, qualificando i diritti della persona con la fondamentale caratteristica della «inviolabilità». Così, i diritti di libertà tradizionali sono stati presidiati con molta maggior forza che in passato e posti al riparo dalle contingenti circostanze, di varia natura, che possono condurre ad una potenziale conculcazione; e ciò è avvenuto sia per quelli più strettamente individualistici come la libertà personale, quella di domicilio, quella di riservatezza delle comunicazioni, sia per quelli a incidenza più direttamente sociale, come la libertà di manifestazione di pensiero, la libertà di riunione e le libertà associative<sup>198</sup>.

In altre parole, nell'art. 2 Cost.<sup>199</sup> trova consacrazione la categoria dei diritti della personalità<sup>200</sup>, aventi ad oggetto beni immateriali ed immanenti

---

impegnata nella continua specificazione del significato delle norme costituzionali in relazione a tutti gli infiniti casi prospettati, da riportare nell'ambito di un sistema omogeneo; cfr. anche F. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 65 ss.

<sup>198</sup> U. ALLEGRETTI, *Storia costituzionale italiana. Popolo e istituzioni*, Bologna, 2014, 119 – 120. Cfr. anche G. SILVESTRI, *La nascita della Costituzione italiana ed i suoi valori fondamentali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2006, 585 ss., il quale osserva che «nel suo contenuto normativo, la Costituzione confermava in pieno la rottura con il passato, non solo fascista, ma anche statuario e sprigionava una nuova carica globale di legittimazione, destinata a fornire nel tempo energia ed alimento all'inesauribile forza generatrice dei principi (...) La Costituzione non è, in definitiva, soltanto una legge dotata di maggior forza nella gerarchia delle fonti del diritto, come voleva la dottrina formalista di Kelsen, ma il fondamento di validità, formale e sostanziale, di tutto l'ordinamento».

<sup>199</sup> L'art. 2 della Costituzione prevede che «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

<sup>200</sup> Sebbene i diritti della personalità abbiano ricevuto adeguata tutela nel contesto italiano soltanto con l'emanazione del testo costituzionale, rinvergono la loro origine nel pensiero giusnaturalistico, rimanendo però per molti anni relegati in un'esperienza eminentemente dottrinarica. Sul punto, si segnalano alcuni riferimenti appartenenti alla letteratura italiana meno recente: A. RAVÀ, *I diritti sulla propria persona nella scienza e*

alla persona fisica ed il cui contenuto è rappresentato *in primis* dal nucleo dei diritti inviolabili dell'uomo, che esprimono, a ben vedere, principi comuni alle culture giuridiche di diversi paesi e che troveranno riconoscimento in numerose convenzioni internazionali<sup>201</sup>. In tal modo, la persona assurge realmente a vertice valoriale dell'ordinamento giuridico ed il testo aperto della disposizione sopracitata, si presta a modellarsi seguendo le ondivaghe movenze della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, destinata ad una continua rilettura evolutiva dello stesso alla luce dei mutamenti che interessano il tessuto economico – sociale.

Peraltro, l'addentellato normativo dei diritti della personalità è arricchito anche dal successivo art. 3 Cost.<sup>202</sup>, che, nell'enunciare e descrivere i profili del fondamentale principio di eguaglianza, consacra l'equiparazione di tutti i cittadini, nonché il divieto di discriminazione, e codifica l'impegno positivo della Repubblica ad attivarsi per la creazione delle condizioni che

---

*nella filosofia del diritto*, in *Riv. it. scienze giur.*, Vol. XXXI, 1901, 289 – 378; F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921, 388 – 411; A. DE CUPIS, *Teoria e pratica del diritto civile*, Milano, 1955, 49 – 143, il quale li descrive come «quei diritti soggettivi la cui funzione, rispetto alla personalità, si specializza, costituendo il *minimum* necessario e imprescindibile del suo contenuto. Vi sono, vale a dire, certi diritti senza dei quali la personalità rimarrebbe un'attitudine completamente insoddisfatta, priva di ogni concreto valore; (...) tanto da arrivarsi a dire che, se essi non esistessero, la persona non sarebbe più tale».

<sup>201</sup> G. CHINÈ, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile. Seconda edizione*, Roma, 2011, 127; gli Autori si occupano altresì di tratteggiare i caratteri fondamentali dei diritti della personalità, che sono: l'assolutezza, in quanto trattasi di diritti tutelati *erga omnes*; l'indisponibilità, atteso che il titolare non ne può validamente disporre con effetti giuridici impegnativi (fatte salve talune eccezioni); l'intrasmissibilità *mortis causa*, posto che l'immanenza di tali diritti alla singola persona ne impedisce la trasferibilità a terzi; l'imprescrittibilità, dovuta alla circostanza che l'oggetto di tali diritti e la sua immanenza alla persona sono tali da impedire ontologicamente il non esercizio degli stessi da parte del titolare, con conseguente impossibilità di ipotizzare un'estinzione legata al mancato esercizio protratto per un determinato arco di tempo.

<sup>202</sup> Il cui testo recita: «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

consentano ai cittadini stessi di dispiegare adeguatamente la propria personalità e di partecipare attivamente alla vita della nazione.

Inoltre, ai diritti tradizionali, dei quali si è fatta menzione, vengono affiancati dal testo costituzionale – e questa rappresenta un'altra grande novità rispetto al liberalismo – i diritti sociali, economici e culturali: il diritto al lavoro, alla salute, all'istruzione, alla previdenza, all'assistenza, all'abitazione, inclusa la tutela della cultura, dell'arte, della natura, nella consapevolezza della loro essenzialità per lo sviluppo di una vita pienamente umana, per il radicamento della persona nel mondo dei viventi<sup>203</sup>.

Valga però notare che la latitudine del riferimento costituzionale, costituito primariamente dal summenzionato art. 2, conduce a ritenere che il Costituente non abbia inteso considerare e tutelare i soli diritti della personalità previsti nel testo della Carta fondamentale, ma, genericamente, tutti i diritti della personalità, essenziali per l'essere umano e, per ciò stesso, prescindendo da codificazioni, degni di essere sottratti a manomissioni legislative<sup>204</sup>. Seguendo tale via, si giunge alla lettura dell'art. 2 Cost. in termini di “catalogo aperto”, ossia di contenitore nel quale la giurisprudenza, corroborata nel suo operato dal pensiero dottrinario, può far rifluire tutte le posizioni giuridiche che emergono nel contesto sociale palesando il loro carattere di essenzialità, e ciò tenendo

---

<sup>203</sup> U. ALLEGRETTI, *Storia costituzionale italiana*, cit., 120. L'Autore sottolinea altresì che ai diritti vengono appaiati i doveri, aggettivati come «inderogabili» e, quindi, chiamati a bilanciare l'inviolabilità dei diritti fondamentali, codificando la necessità dell'attivazione dell'individuo per il perseguimento di scopi socialmente rilevanti e per lo sviluppo della nazione. Tuttavia, la Costituzione non si occupa di formare un elenco tassativo dei doveri, rinviando alla legge la loro precisazione, sì da evitare la creazione di un apparato connotato da eccessiva rigidità; ne enuncia, però, alcuni fondamentali, quale ad esempio l'obbligo tributario, quello di difesa della patria, quello di mantenimento dei figli.

<sup>204</sup> A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, 2, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol. IV, Milano, 1961, 28. Ricordiamo, infatti, che il testo costituzionale può essere modificato soltanto ricorrendo alla procedura aggravata di cui all'art. 138 Cost., così presentando una notevole stabilità.

conto della circostanza che buona parte dei diritti della personalità rappresenta il prodotto di un dato momento storico<sup>205</sup>.

Peraltro, la stabilità dei diritti della personalità è stata ulteriormente accentuata da alcuni autori, i quali hanno desunto dall'aggettivo «inviolabili», contenuto, nell'art. 2 Cost., la sottrazione di tali diritti anche al procedimento di revisione costituzionale. In tale ottica interpretativa, i diritti medesimi sarebbero coessenziali alla forma repubblicana dello Stato, con la conseguenza che la negazione degli stessi comporterebbe il venir meno dell'ordinamento costituzionale stesso<sup>206</sup>.

Ciò nondimeno, questa ricostruzione è oppugnata da taluni argomenti difficilmente superabili, tra i quali, soprattutto, la considerazione che ove la Costituzione ha voluto sottrarre determinate materie alla procedura di revisione, lo ha fatto con apposita norma, quale, ad esempio, l'art. 139, in riferimento alla forma repubblicana dello Stato; sicché l'impostazione di cui sopra non riscuote particolari consensi presso la dottrina maggioritaria<sup>207</sup>.

---

<sup>205</sup> Un semplice esempio può chiarire le idee. Si pensi al diritto all'onore che, inteso all'alba dell'entrata in vigore del testo costituzionale secondo una concezione cavalleresca, faceva rientrare nell'alveo della legittima difesa (art. 52 c.p.) le condotte di reazione ad un'offesa ingiusta anche ove si prospettasse la possibilità della fuga, posto che quest'ultima era ritenuta disonorevole. Ad oggi, la prospettiva di tutela dell'onore risulta profondamente mutata, sicché non può andare esente da responsabilità penale colui il quale, dinanzi all'offesa altrui, non abbia scelto l'alternativa del *commodus discessus*, salvo che quest'ultima opzione dischiuda dei profili di lesività della sfera giuridica dell'offeso ancora maggiori. In particolare, oggi si esclude l'operatività di tale scriminante in riferimento al caso dell'automobilista che, provocato per motivi di viabilità, invece di proseguire la sua corsa, scenda dal mezzo per aggredire chi lo ha provocato; *ex plurimis* Cass. Pen., Sez. I, 10 luglio 2013, n. 29481. Ad ogni modo, la surriferita concezione dell'art. 2 Cost. in termini di catalogo aperto non è del tutto pacifica; dunque si tratterà successivamente della stessa in maniera più approfondita.

<sup>206</sup> P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 168 – 169; P. BARILE, U. DE SIERVO, *Revisione della Costituzione*, in *Novissimo dig. it.*, XV, 1968, 781 – 782.

<sup>207</sup> A. M. OFFIDANI, *La capacità elettorale politica*, Torino, 1953, 124 ss.; cfr. anche G. BOGNETTI, *Diritti fondamentali nell'esperienza costituzionale*, in *Iustitia*, 1977, 24 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile. Vol. 1: La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002, 143 ss.

Ad ogni modo, il quadro normativo tracciato dall'art. 2 Cost., letto in combinazione con le altre disposizioni costituzionali che delineano lo statuto della persona, manifesta una significativa rottura di pensiero con il sistema giuridico preesistente di stampo individualista, fondato su di un concetto formale ed astratto di persona, intesa quale mero centro di imputazione di diritti. Emerge, infatti, un *novum* categoriale, basato sul riconoscimento che la personalità non è mera soggettività, ma è anche una struttura di valore, un essere assiologico, permeato del valore della dignità umana<sup>208</sup>.

Detta evoluzione, come già innanzi osservato, si traduce nel riconoscimento costituzionale dei diritti sociali dell'individuo, intesi quali posizioni giuridiche che oltre a tratteggiare un profilo di intangibilità della persona, legittimano la pretesa della stessa ad ottenere determinate prestazioni dall'amministrazione statale, necessarie per il soddisfacimento di alcuni bisogni minimi vitali o per il raggiungimento di un'adeguata qualità della vita.

Nell'area dei diritti sociali viene a collocarsi anche il diritto alla salute, altrimenti denominato diritto all'integrità psico – fisica, che rinviene il suo referente costituzionale nell'art. 32 della Costituzione<sup>209</sup>. Tale disposizione tutela la salute quale «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della

---

<sup>208</sup> T. PASQUINO, *Dignità della persona*, cit., 549 – 550; cfr. anche V. OMAGGIO, *Individuo, persona e costituzione*, cit., 77 ss., il quale ulteriormente evidenzia che la seconda caratteristica del primato assiologico della dignità umana adottato dallo Stato costituzionale è la costituzionalizzazione della persona. A fondamento del senso della persona infatti vi è la distinzione di ognuno da ogni altro, ciò che non rileva con riferimento all'individuo. Cfr. anche P. PERLINGIERI, *Brevi riflessioni sul rispetto dei diritti*, in A. TARANTINO, R. ROCCO (a cura di), *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione. Atti del simposio internazionale. Lecce, 5 – 6 – 7 dicembre 1997*, Milano, 1998, 205 ss.

<sup>209</sup> In particolare, il testo dell'art. 32 Cost. recita: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

collettività», sia nei confronti dello Stato, in prospettiva pubblicistica, che nei confronti dei privati; ma, nel contempo, codifica il divieto di sottoposizione della persona a trattamenti sanitari obbligatori, fatta eccezione per le ipotesi in cui ciò sia espressamente previsto da una disposizione di legge<sup>210</sup>, in tal modo costituzionalizzando una concezione bidimensionale della salute, che rileva tanto nella sua componente pretensiva<sup>211</sup>, che in quella oppositiva<sup>212</sup>.

All'alba dell'entrata in vigore del testo costituzionale, senz'altro emergeva con maggiore nettezza la componente oppositiva di detta disposizione, in quanto l'art. 32 si delineava quale strumento di protezione della persona avverso eventuali ingerenze mediche coercitive, e, dunque, quale presidio

---

<sup>210</sup> G. CHINÈ, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile, cit.*, 131 – 132; cfr. anche F. DEL GIUDICE, *Compendio di diritto costituzionale. XIX Edizione*, Napoli, 2015, 158; G. COLETTA, *Le difficoltà del dibattito bioetico e la necessità di una legislazione caratterizzata dal rispetto delle scelte individuali*, in L. CHIEFFI, P. GIUSTINIANI (a cura di), *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, Torino, 2010, 58 – 61.

<sup>211</sup> Interessanti, al riguardo, le riflessioni di M. MORI, *Manuale di bioetica, cit.*, 367 – 372, il quale afferma che, secondo la posizione maggioritaria, l'art. 32 Cost. recepisce una prospettiva egalaristica, secondo la quale è compito dello Stato adoperarsi, nei limiti delle risorse di cui dispone, onde tutelare adeguatamente la salute dei cittadini. Tuttavia, in tempi più recenti ha ottenuto diffusione anche una prospettiva libertaria, ispirata sotto alcuni aspetti alle idee del filosofo texano Tristram Engelhardt, in virtù della quale è moralmente sbagliato che lo Stato si occupi della salute dei cittadini, e ciò in quanto la dignità e l'autonomia della persona fanno sì che questa abbia il diritto di controllare e gestire tutto ciò che riesce ad acquisire attraverso scambi volontari, dovendosi preservare la sua intangibilità rispetto ad ingerenze esterne idonee ad intaccare i suoi piani di vita. Ad esempio, se il sistema sanitario pubblico prevede l'aborto gratuito si giunge alla conseguenza che un antiabortista si trova coattivamente a dover pagare per l'erogazione di un servizio che giudica ripugnante e con il quale non vorrebbe avere nulla a che fare.

<sup>212</sup> Quanto al riparto di giurisdizione tra Giudice ordinario e Giudice amministrativo in relazione alle controversie concernenti la lesione del diritto alla salute si veda R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo, cit.*, 1791 – 1792. Gli Autori sottolineano che, secondo una posizione che riscuote considerevoli consensi, ove il diritto alla salute presenti un contenuto prevalentemente oppositivo, la posizione del privato si attegga a diritto soggettivo non affievolibile, con conseguente radicamento della giurisdizione presso il Giudice ordinario; al contrario, ove abbia contenuto prevalentemente pretensivo, come diritto a perseguire un miglioramento delle proprie condizioni, richiedendo per il proprio soddisfacimento l'interposizione di un potere pubblicistico discrezionale, affievolirebbe ad interesse legittimo, con conseguente trasmigrazione delle relative controversie presso il Giudice amministrativo.

fondamentale per evitare la degenerazione autoritativa del rapporto medico paziente, portata alla luce dal processo di Norimberga.

Fondamentale, sotto questo profilo, è l'affermazione, contenuta nel testo della norma, che nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario<sup>213</sup> se non per disposizione di legge. Cosicché senz'altro il legislatore può imporre dei trattamenti medici ai consociati, ma solo ove trovino giustificazione nella necessità di tutelare la salute pubblica, ossia un interesse superiore destinato a prevaricare, sebbene in ipotesi eccezionali, l'interesse alla salvaguardia dell'integrità fisica individuale.

Comunque, il legislatore costituzionale delimita l'alveo operativo di quello ordinario precisando che i trattamenti imposti dalla legge non possono mai violare il rispetto dovuto alla persona umana; in altre parole, non possono determinare la soppressione permanente di funzioni organiche, né essere condotti con modalità tali da arrecare offesa alla dignità della persona coinvolta<sup>214</sup>. E proprio quest'ultima rappresenta una delle dichiarazioni più forti contenute nella nostra Costituzione, esprimendo pienamente la *ratio* eminentemente protettiva sottesa alla disposizione oggetto di esame; invero, in tal modo si pone un limite non valicabile da alcuna volontà esterna, fosse pure quella espressa democraticamente dai cittadini, un limite

---

<sup>213</sup> Con questa espressione si fa riferimento a tutte le condotte, commissive o omissive, poste in essere da un soggetto esercente l'attività sanitaria e implicanti un contatto con la persona del paziente, in vista del mantenimento, recupero o promozione del suo benessere fisico, psichico e sociale. A titolo esemplificativo, possono ricondursi a questa categoria la visita medica, l'attività diagnostica, la profilassi, i trattamenti antidolorifici, gli interventi chirurgici, la somministrazione di farmaci, i trattamenti cosmetici e plastici.

<sup>214</sup> A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., 168 – 169. L'autore richiama, a titolo esemplificativo, l'incompatibilità con tale limite di un eventuale trattamento di sterilizzazione obbligatoria, anche ove invocata come profilassi per malattie ereditarie; cfr. anche C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. inf. e mal. prof.*, 1961, 1 ss.



più incisivo ancora di quello previsto dall'art. 13 Cost.<sup>215</sup> per la libertà personale, che ammette compressioni della stessa attuate con legge o con provvedimento motivato del giudice<sup>216</sup>.

Parallelamente, l'art. 32 Cost. vive del collegamento osmotico con una disposizione di rango ordinario, quale l'art. 5 c.c.<sup>217</sup>, che, nata per rispondere ad esigenze poste da un caso giurisprudenziale<sup>218</sup>, vieta a qualsivoglia individuo di disporre del proprio corpo in guisa tale da menomare in maniera permanente la propria integrità o, ancora, da porsi in contrasto con la legge, con l'ordine pubblico, con il buon costume. Tale norma evidenzia ulteriormente l'interesse pubblicistico sotteso alla salvaguardia della salute dei consociati, che devono mantenersi in grado di espletare le loro funzioni sociali, sì da contribuire al benessere della collettività<sup>219</sup> e, comunque, non assumere comportamenti che si pongano in

---

<sup>215</sup> Detta disposizione recita: «La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'Autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di Pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'Autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva».

<sup>216</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 256 – 257.

<sup>217</sup> Detta disposizione recita: «Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume».

<sup>218</sup> Il riferimento è a Trib. Napoli, 28 novembre 1931. Nello specifico, un giovane uomo napoletano, dietro pagamento di un compenso, fece trapiantare ad un anziano americano una delle sue ghiandole sessuali. Tuttavia, il Tribunale partenopeo mandò esente da responsabilità penale il chirurgo che aveva eseguito l'intervento, in quanto né il giovane uomo italiano, né l'anziano signore statunitense, ebbero complicazioni o menomazioni fisiche in seguito all'operazione.

<sup>219</sup> Per approfondimenti sul punto si veda M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *La parola al paziente. Il consenso informato e il rifiuto delle cure*, Milano, 2008, 5 – 9, ove, in particolare, si osserva che, fin quando scopo essenziale dell'ordinamento era la salvaguardia dell'interesse collettivo, impersonato da uno Stato autoritario, era inevitabile considerare permanenti tutte quelle diminuzioni dell'integrità psico – fisica tali da impedire all'individuo un pronto assolvimento dei doveri impostigli dalle istituzioni; tuttavia, lo scenario è mutato con l'assimilazione culturale e

contrasto con la piattaforma di valori che orienta il vivere sociale in un determinato momento storico; ma, nel contempo, tratteggia altresì una modalità di manifestazione dell'autodeterminazione della persona, autorizzando implicitamente gli atti dispositivi del proprio corpo che non comportino menomazioni permanenti.

Delineatasi in tal senso la posizione costituzionale del diritto all'integrità psico – fisica, in stretto collegamento con il diritto alla vita, è emersa la necessità di ricostruire i presupposti di legittimità dell'attività medica che, seppur socialmente rilevante, è tale da provocare, sia nella sua componente terapeutica che in quella diagnostica, una qualche forma di alterazione anatomica o funzionale dell'organismo del paziente, risultando di per sé potenzialmente pregiudizievole per la salute<sup>220</sup>.

Secondo l'opinione progressivamente consolidatasi nel corso dei decenni successivi all'entrata in vigore del testo costituzionale, il fondamento di liceità dell'attività medica deve essere rinvenuto nel consenso scriminante prestato dal paziente, che solo con il trascorrere degli anni, come vedremo

---

giurisprudenziale dei valori costituzionali, ad esito della quale si è giunti a ritenere che obiettivo ultimo dell'ordinamento sia la tutela della persona, sì da considerare diminuzioni permanenti dell'integrità psico – fisica tutte quelle che compromettono il benessere fisico, psichico e sociale dell'individuo, prescindendo dalla sua capacità di lavoro. Circa il rapporto tra divieto di atti dispositivi del proprio corpo e sperimentazione post – mortem, F. SBORDONE, C. BUCCELLI, *La sperimentazione post mortem*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Aspetti etici della sperimentazione biomedica. Evoluzione, criticità, prospettive*, Napoli, 2015, 211 ss.

<sup>220</sup> Come bibliografia di riferimento sulla tematica, F. GRISPIGNI, *La responsabilità penale per il trattamento medico – chirurgico “arbitrario”*, in *Sc. pos.*, 1914, 796 ss.; B. PETROCELLI, *Il consenso del paziente nell'attività medico – chirurgica*, in *Annali*, 1932, 514 ss.; G. VASSALLI, *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico – chirurgico*, in *Arch. pen.*, I, 1973, 81 ss.; G. IADECOLA, *La rilevanza del consenso del paziente nel trattamento medico – chirurgico*, in *Riv. di medicina legale*, 1986, 42 ss.; A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico – chirurgico*, Milano, 1984, 13 ss.; U. G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania, Italia*, Milano, 1989, 125 ss.

nel prosieguo della trattazione, diverrà necessariamente informato, esplicito, libero, autentico ed immune da vizi<sup>221</sup>.

Nel dettaglio, l'alto interesse sociale rivestito dalla scienza medica, in quanto arte finalizzata alla salvaguardia di valori costituzionalmente rilevanti, ed in particolare del bene giuridico della salute di cui all'art. 32 Cost., conduce alla qualificazione dell'attività medica in termini di attività giuridicamente autorizzata, investita dell'operatività scriminante dell'art. 51 c.p.<sup>222</sup>, sotto il profilo dell'esercizio di una facoltà legittima. Tuttavia, requisito fondamentale dell'autorizzazione legislativa va rinvenuto nel consenso dell'avente diritto, da intendersi, in linea con quanto previsto dal comma 2 del summenzionato art. 32 Cost., quale presupposto di liceità dell'attività medica e non anche quale autonoma causa di giustificazione<sup>223</sup>.

---

<sup>221</sup> AA. VV., *Compendio di medicina legale*, Torino, 1998, 302; cfr. anche A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico – chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955.

<sup>222</sup> Detta disposizione recita: «L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, esclude la punibilità. Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine. Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo. Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine».

<sup>223</sup> R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, 2011, 757 – 758; cfr. anche F. PENSA, *Legittimazione dell'attività medica*, in M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *Il testamento biologico, verso una proposta di legge*, Milano, 2007, 46 ss., il quale osserva che, poco dopo l'entrata in vigore del testo costituzionale si era diffusa una differente ricostruzione teorica che rinveniva la giustificazione dell'attività medica nel solo consenso del paziente, invocando l'applicabilità della scriminante del consenso dell'avente diritto di cui all'art. 50 c.c. Ciò nondimeno, detta impostazione non ha mancato di esibire immediatamente il suoi limiti dogmatici, posto che l'ambito di operatività del suddetto art. 50 c.p. rinviene un necessario limite nell'art. 5 c.c., che vieta senz'altro di autorizzare atti di disposizione del proprio corpo che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità psico – fisica, così traghettando al di fuori dell'area di liceità gli interventi che determinino un'alterazione anatomica o funzionale permanente; A. DE SANTIS, *L'esercizio dell'attività medico chirurgica necessaria ed urgente nei confronti del paziente dissenziente: il caso Welby*, in *Spiaaldiritto*, 4/2013, da [www.spiaaldiritto.it](http://www.spiaaldiritto.it) (accesso del 23 – 11 – 2015), ove si osserva che il sanitario che agisce nel perseguimento di finalità terapeutiche, in ottemperanza alle regole dell'*ars medica*, nonché in presenza di uno consenso del paziente, esercita un diritto attribuitogli dall'ordinamento giuridico, e ciò, in particolare,

In altre parole, l'attività medica rinviene la sua legittimazione legale in una combinazione applicativa degli artt. 50 e 51 c.p., letti alla luce del dato costituzionale di cui all'art. 32 della Carta fondamentale, mentre il solo consenso del paziente può risultare sufficiente a fondare la liceità dei trattamenti estetici puri e dei trattamenti di routine, la cui minima invasività consente ragionevolmente di ritenere non violato il limite di cui all'art. 5 c.c., purché, chiaramente, non si verifichino alterazioni permanenti dell'organismo del paziente stesso<sup>224225</sup>.

Peraltro, questa ricostruzione gode altresì di un ulteriore aggancio normativo, costituito dal summenzionato art. 13 Cost., che consacra l'inviolabilità della libertà personale dell'individuo, destinata ad esprimersi anche attraverso la gestione dell'itinerario sanitario<sup>226</sup>.

---

in considerazione del valore fondamentale che il bene "salute" detiene in sede costituzionale, come desumibile dall'art. 32 della *Grundnorm*; per una ricostruzione giurisprudenziale della tematica Cass. Pen., Sez. IV, 3 ottobre 2001, n. 1571; Cass. pen., Sez. IV, 27 marzo 2001, n. 36519; Cass. civ., Sez. III, 23 maggio 2001, n. 7027 che, però, si discosta in parte dal precedente orientamento affermando l'autolegittimazione dell'attività medica che, per il suo legame con valori costituzionalmente rilevanti, rinverrebbe il suo fondamento nell'ordinamento giuridico complessivamente inteso.

<sup>224</sup> Tuttavia, secondo altra ricostruzione teorica risulterebbe superfluo il richiamo dell'art. 51 c.p., potendosi configurare, piuttosto, una "scriminante costituzionale", che trova fondamento direttamente nell'art. 32 Cost. e che ha nel consenso informato il suo presupposto di operatività; sul punto Cass. pen., Sez. Un., 21 gennaio 2009, n. 618; R. GIOVAGNOLI, *Approfondimenti per il concorso in magistratura*, 3, 2015, 193 – 194.

<sup>225</sup> Valga però notare che, nel corso degli anni, diverse disposizioni legislative hanno costituito delle deroghe alla regola di cui all'art. 5 c.c. In particolare, può menzionarsi la L., 26 giugno 1967, n. 458 in materia di «trapianto del rene tra persone viventi» e la L., 16 dicembre 1999, n. 483, contenente «norme per consentire il trapianto parziale di fegato», animate da finalità di tipo solidaristico. Ancora in deroga (sebbene tacita) all'art. 5 c.c. si ricorda la L., 14 aprile 1982, n. 164 riguardo la rettificazione di attribuzione di sesso, dove la lesione permanente dell'integrità fisica si giustifica perché vengono ad essere soddisfatte esigenze fondamentali, quali la salute psichica e l'identità sessuale come specificazione dell'identità personale.

<sup>226</sup> M. COMPORTI, C. LORÈ, *Decisione medica e diritti del malato: l'informazione e il consenso*, in *Federazione medica*, n. 6, 1984, 606 ss.; cfr. anche L. CHIEFFI, *Ambiti di tutela costituzionale e sviluppi interpretativi*, cit., 51 – 55, il quale rimarcando il passaggio dalla prospettiva paternalista al costituzionalismo occidentale post – bellico, approfondisce la riflessione sul fondamento costituzionale della libertà di autodeterminazione nel campo sanitario, soffermandosi sull'importanza dell'instaurazione, tra medico e paziente, di una "relazione dialogante".

È possibile, tuttavia, rinvenire talune eccezioni alla suddetta regola. Si tratta, in primo luogo, degli interventi sanitari cd. “necessari”, caratterizzati dal presupposto fattuale della necessità e dell’urgenza terapeutica di intervenire per fare fronte ad un imminente e grave pericolo per la vita del paziente. Questi ultimi, infatti, devono considerarsi giustificati dall’art. 54 c.p.<sup>227</sup>, sussistendo i presupposti di invocabilità dello “stato di necessità”, ma ciò pur sempre in assenza di un dissenso espresso<sup>228</sup>.

Altra eccezione si rinviene nei trattamenti previsti come obbligatori dallo stesso legislatore, per i quali si ritiene pacificamente operi la sola scriminante dell’esercizio del diritto di cui all’art. 51 c.p., in combinato disposto con le singole leggi di riferimento. In questo caso, l’eventuale dissenso del paziente non vale a privare di fondamento giuridico l’operato del sanitario, posto che le esigenze di salvaguardia della vita e della salute collettiva prevalgono sulla tutela della libertà di autodeterminazione del singolo<sup>229</sup>.

Ciò posto quanto al versante penale, deve conclusivamente rilevarsi che, in ossequio al dettato costituzionale, il consenso funge da presupposto di liceità del trattamento medico anche sul piano civilistico, ove la

---

<sup>227</sup> Detta disposizione recita: «Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo. Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo. La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall’altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l’ha costretto a commetterlo».

<sup>228</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2001, 289; cfr. anche F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d’équipe*, Torino, 2003, 136; G. VASSALLI, *Alcune considerazioni sul consenso del paziente*, cit., 98 ss.

<sup>229</sup> R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., 759 – 760. L’Autore precisa conclusivamente che la responsabilità penale del medico non è comunque esclusa ove la lesione subita dal paziente dipenda da un suo errore. Invero, il medico può andare esente da responsabilità soltanto ove rispetti, nell’esecuzione dell’intervento, tutti i limiti e i principi legislativi riferiti all’esercizio dell’attività medico – chirurgica ed il complesso delle *leges artis* che ne costituiscono il substrato tecnico.

realizzazione dell'intervento in assenza di esso ed in presenza di un danno, apre la via all'azionabilità della tutela risarcitoria<sup>230</sup>, alternativamente riconducibile al paradigma di cui all'art. 1218 o a quello di cui all'art. 2043 c.c., a seconda della specifica fattispecie presa in considerazione.

Del resto, col trascorrere degli anni, la libertà di autodeterminazione del paziente si è arricchita di diversi agganci normativi, tra i quali rilevano, per importanza ed ampiezza operativa, l'art. 33 della L. n. 833/1978 e l'art. 1 della L. n. 180/1978. Trattasi, infatti, di disposizioni che ribadiscono la volontarietà degli accertamenti e dei trattamenti sanitari obbligatori ed il carattere eccezionale dei trattamenti imposti per legge, in omaggio a quanto previsto dall'art. 32 Cost., contenendo altresì prescrizioni relative alle modalità di attuazione degli stessi<sup>231</sup>.

Da tutte le considerazioni sopra svolte emerge la sempre maggiore rilevanza che, nella fase storica successiva al varo della Carta costituzionale, la posizione del paziente è venuta ad assumere nel suo rapporto con il medico curante, in guisa tale da manifestare un ribaltamento della prospettiva paternalistica che per svariati secoli ha caratterizzato il mondo della medicina. È soltanto a partire dalla metà del Novecento, quindi, che si assiste al significativo ridimensionamento del potere decisionale del medico ed all'affermazione del paziente come individuo

---

<sup>230</sup> Come bibliografia sull'argomento, R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, 377 ss.; D. CARUSI, *Responsabilità del medico, diligenza professionale, inadeguata dotazione della struttura ospedaliera*, in *Giur. it.*, I, 1996, 91 ss., nota a Cass. Civ., 3 marzo 1955, n. 2466; G. VISINTINI, *I fatti illeciti. II. La colpa in rapporto agli altri criteri di responsabilità*, Padova, 1990; R. RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1979. Per una ricostruzione giurisprudenziale, Cass. Civ, Sez. III, 30 luglio 2004, n. 14638; Cass. Civ., Sez. III, 25 novembre 1994, n. 10014.

<sup>231</sup> Circa la prospettiva autodeterministica assunta dalla L. n. 180/1978, anche nell'ottica visuale della Corte costituzionale, R. MANFRELLOTTI, *Autodeterminazione e funzione pubblica. La Legge n. 180 del 1978 nella prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, in L. CHIEFFI, P. GIUSTINIANI (a cura di), *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, Torino, 2010, 221 ss.

libero di decidere della propria salute, al lume dell'adeguata informazione circa le sue condizioni cliniche ed opzioni terapeutiche<sup>232</sup>.

Ci si trova, dunque, dinanzi alla nascita delle basi della moderna “alleanza terapeutica” tra medico e paziente, che vede il primo abbandonare la sua tradizionale posizione di supremazia paternalistica ed il secondo cessare di subire passivamente le sue decisioni, per divenire egli stesso protagonista delle scelte riguardanti la sua salute, in virtù di uno “scambio” di informazioni con il sanitario<sup>233</sup>. Matura quindi la convinzione che, poiché l'atto medico si compie sulla persona e nell'interesse del paziente e presenta un costo in termini di effetti collaterali, sofferenze, mutilazioni, è costui che deve decidere se a questo costo è preferibile la malattia, in virtù di una serie di valutazioni etiche, religiose, esistenziali intimamente legate al suo modo di essere<sup>234</sup>.

In detta prospettiva evolutiva, il modello autoritativo della relazione medico – paziente viene relegato in spazi applicativi notevolmente ristretti, potendo operare soltanto in circostanze emergenziali, allorquando il medico è chiamato ad individuare ciò che è meglio per il paziente anche senza la partecipazione di questi, sotto l'egida dello stato di necessità. Ma è evidente che, in tutte le altre situazioni normali dell'attività diagnostico – terapeutica, esso deve cedere il passo al modello informativo,

---

<sup>232</sup> Si veda, al riguardo, con particolare riferimento all'ampiezza degli oneri informativi, Cass. Civ., n. 1950/1967, in *Archivio responsabilità civile*, 1968, 907; Cass. Civ., n. 2439/1975, in *Giustizia civile*, I 1975, 1389; Cass. Civ., n. 1132/1976, in *Giurisprudenza italiana*, I, 1977, 1980; ma ciò pur sempre con la precisazione che gli oneri informativi hanno acquisito consistenza soltanto a distanza di anni dall'entrata in vigore della Costituzione.

<sup>233</sup> G. ANGELICI, *La nozione di autonomia: fondamenti*, in P. CATTORINI, E. D'ORAZIO, V. POCAR (a cura di), *Bioetiche in dialogo. La dignità della vita umana e l'autonomia degli individui*, Milano, 1999, 1128 – 1129, il quale osserva che con il termine “alleanza terapeutica” si fa riferimento ad un rapporto di prossimità umana tra istituzione clinica e paziente, tale da modificare il costume, invalso nel sistema sanitario italiano del passato, per cui il ricoverato è ridotto ad uno stato di “infantilizzazione”, di totale dipendenza dal personale sanitario, a motivo della dominanza dei criteri burocratici rispetto ai criteri di attenzione personale che devono caratterizzare l'apparato ospedaliero.

<sup>234</sup> G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico – paziente*, cit., 14.

originariamente fondato sulla raccolta del consenso del paziente, per poi arricchirsi sempre più dei contenuti informativi che consentono il dispiegamento della sua personalità<sup>235</sup>.

Ed anche la concezione della “malattia” inizia a cambiare. Invero, se tradizionalmente la medicina si focalizzava sul sintomo, considerando la guarigione come la sua eliminazione, la concezione della medicina centrata sul paziente si allarga al di là degli aspetti biologici, valorizzando anche il significato soggettivo della malattia stessa. In tale visuale prospettica, le implicazioni psicologiche e le conseguenze sociali iniziano ad essere considerate parte del quadro patologico e ad acquistare la medesima rilevanza clinica dei dati biologici, arricchendo l’approccio organico tramite la comprensione globale del significato della malattia in senso bio – psico – sociale<sup>236</sup>.

Tuttavia, l’art. 32, comma 2, Cost. sarebbe rimasto un presupposto astratto e non avrebbe potuto condurre alla valorizzazione effettiva del consenso

---

<sup>235</sup> E. SGRECCIA, *L’etica del rapporto medico paziente, cit.*, L’autore segnala, però, che la rigida contrapposizione tra modello paternalistico e modello informativo semplifica eccessivamente quel momento di singolare interazione che è l’incontro tra le due soggettività del medico e del paziente, cosicché, pare più opportuno, sulla scorta dell’evoluzione attuale del rapporto, elaborare anche altri due modelli; detti modelli, in virtù della loro nascita più recente, saranno oggetto di trattazione nel prosieguo. Cfr. anche A. G. SPAGNOLO, R. MINACORI, *Il consenso informato, cit.*, 173 ss.; M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *La parola al paziente, cit.*, 32 ss., ove si fa riferimento al passaggio dal modello paternalistico al modello condiviso, nell’ambito del quale la scelta del trattamento sanitario è l’esito dello svolgersi di una relazione ispirata a canoni fondamentali e imprescindibili: informazione, comunicazione, ascolto e silenzio. Per una disamina incentrata sul profilo sociologico del rapporto, L. MALERBA, *Il rapporto medico – paziente, cit.*, 68 ss.

<sup>236</sup> A. ACCATTATI, *La posizione di garanzia del medico*, in M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *Il testamento biologico, verso una proposta di legge*, Milano, 2007, 68 – 73; cfr. anche M. ARAMINI, *Introduzione alla Bioetica. Terza edizione*, Milano, 2009, 128, secondo il quale la riflessione personalistica che caratterizza la seconda metà del Novecento mostra come non sia possibile concepire l’uomo come un atomo isolato; al contrario, si scopre la persona umana come entità essenzialmente relazionale, che si conosce e si esprime solo se inserita in una trama di relazioni con gli altri uomini. Inoltre, la novità della riflessione oggetto di esame consiste anche nell’inglobare all’interno della relazione umana l’ambiente naturale, poiché solo la considerazione del contesto ambientale consente alla medicina di attuare la sua finalità di prevenzione e, a ben vedere, di potenziare la sua finalità terapeutica.



informato senza l'evoluzione tecno – scientifica della medicina, che, dopo il 1945, ha determinato il miglioramento e la moltiplicazione esponenziale delle pratiche diagnostiche e terapeutiche, tanto da sfociare nella cd. “medicina dei desideri”. Questo ha determinato un radicale mutamento nell'atteggiamento del paziente, che non si rivolge più al medico con lo stato d'animo di chi gli si affida nella vana speranza di una guarigione, ma gli si pone di fronte come un cliente che si attende una prestazione professionalmente qualificata ed in linea con gli standard scientifici del tempo. E proprio in questa visuale prospettica, connotata dallo sbiadimento dell'aura popolare che tradizionalmente ammantava la professione medica, è emersa con nettezza la necessità di incrementare la partecipazione del paziente alle scelte sanitarie, dovendo costui autorizzare interventi particolarmente complessi ed invasivi, un tempo certamente impensabili<sup>237</sup>. Tuttavia, proprio in concomitanza con la valorizzazione dell'autonomia del paziente, si è assistito ad un allentamento del rapporto dialogico con il medico, determinato da svariati fattori: in primo luogo, dall'invasione dell'elemento meccanico e tecnologico, accompagnata dall'aumento esponenziale del numero dei pazienti e dalla necessità di realizzare interventi sempre più complessi in *équipe*; in secondo luogo, dall'aumento esponenziale della spesa sanitaria, che ha accentuato il ruolo manageriale della professione medica e la necessità di contemperare la tutela della salute con la limitatezza delle risorse stanziare annualmente dalla leggi di bilancio<sup>238</sup>.

---

<sup>237</sup> M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *La parola al paziente*, cit., 32.

<sup>238</sup> G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico – paziente*, cit., 16 – 17, evidenziando che il medico, quantomeno quello che si occupa del profilo gestionale, nel sistema aziendale e di concorrenza, è chiamato a valutare quale sia il trattamento che realizza il giusto equilibrio tra le esigenze del paziente e la corretta allocazione delle risorse pubbliche, con la conseguenza che detto paziente assume le sembianze del vero e proprio “cliente”; cfr. anche G. VICARELLI, *L'ideale del medico*, cit., 362; S. GREGORY, *Medico – paziente: un rapporto in crisi*, in *XXI Secolo* (2010), da [www.treccani.it](http://www.treccani.it) (accesso del 03 – 12 – 2015). L'Autore sostiene che «lo sviluppo delle scienze e delle

Inoltre, non può omettersi di rilevare che il consolidamento del principio del consenso informato non è stato un precipitato immediato dell'entrata in vigore del testo costituzionale. Al contrario, per almeno due decenni l'art. 32 Cost., è stato archiviato come norma meramente programmatica, insuscettibile di fondare, di per se stessa, situazioni giuridiche direttamente spendibili dinanzi alla giurisdizione, in difetto di apposite disposizioni legislative di interposizione capaci di vivificare concretamente i principi affermati dalla norma stessa<sup>239</sup>. E questa tendenza era accompagnata da un atteggiamento giurisprudenziale di eccessiva indulgenza nei riguardi del medico, la cui colpa veniva configurata solo ove avesse tenuto una condotta violativa delle più elementari regole cautelari dell'arte, in considerazione del significativo margine di incertezza che ancora ammantava la sua scienza<sup>240</sup>.

A ciò si aggiunga che nel secondo dopoguerra e fino agli '70, l'Italia ha mantenuto inalterata una modalità di protezione sanitaria frammentata e particolaristica, caratterizzata da un intervento pubblico limitato, senz'altro ancora inidoneo ad attuare la prospettiva pretensiva racchiusa nell'art. 32

---

tecnologie, che tanto hanno influito sulla medicina e sulla sua capacità diagnostica e terapeutica, ha portato progressivamente i medici a focalizzare l'attenzione più sulla malattia che sul paziente, modificando di fatto le interazioni cliniche, il modo di colloquiare con il malato, la formulazione di una diagnosi, con il rischio di ridurre la persona a oggetto di una cartella clinica». In altre parole, la tecnologia si è inserita tra il medico e il paziente.

<sup>239</sup> R. FERRARA, *Il diritto alla salute*, cit., 23 – 24. Unica voce d'eccezione era costituita da C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. infort. mal. prof.*, 1961, I, 1 ss., il quale riconosceva il carattere della precettività ad ogni norma costituzionale e predicava l'immediata applicabilità dell'art. 32 Cost., evidenziando come numerose norme costituzionali, pur non contenendo riferimenti diretti, codificano i compiti gravanti sulla Pubblica Amministrazione, costituendo un'attuazione dei precedenti artt. 2 e 3.

<sup>240</sup> R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., 904 – 906; in giurisprudenza Cass. pen., Sez. IV, 29 marzo 1963; Cass. pen., Sez. IV, 6 marzo 1967, Izzo; Cass. pen., Sez. IV, 21 ottobre 1970, Lisco. Dunque, alla stregua di tale indirizzo, l'esclusione della colpa professionale medica trovava un limite solo nella condotta del professionista incompatibile con il minimo di cultura e di esperienza che deve legittimamente pretendersi da chi sia abilitato all'esercizio della professione medica.

Cost. Infatti, è rimasto per molti anni sostanzialmente inalterato il quadro istituzionale di matrice fascista, fondato su sei regimi assicurativi principali (relativi a pensioni, disoccupazione, tubercolosi, assegni familiari, malattia e maternità, infortuni e malattie professionali), su cui si è innestata una classe medica che, pur conscia della discontinuità tecnologica e scientifica rispetto al passato, non ha colto a pieno la conseguente discontinuità storico – sociale e la necessità di porre l’attenzione, alla luce del testo costituzionale, sulla dimensione antropologica del malato<sup>241</sup>.

Dovranno attendersi ancora diversi anni e l’emanazione dei numerosi documenti di portata sovranazionale cui sopra si è fatto riferimento perché i segnali contenuti nella Costituzione vengano effettivamente colti dalla giurisprudenza, mettendo così in evidenza che, parlando di persona, essa non intende l’astratto individuo ma la “persona sociale”, e consentendo di passare «dalla considerazione kelseniana del soggetto come unità personificata di norme alla persona come via per il recupero integrale dell’individualità e per l’identificazione dei valori fondativi del sistema»<sup>242</sup>.

### ***1.5. La persona nella prospettiva della moderna dottrina e giurisprudenza di legittimità: un prisma dalle facce cangianti***

---

<sup>241</sup> G. VICARELLI, *L’ideale del medico*, cit., 361 – 362; cfr. anche U. ALLEGRETTI, *Storia costituzionale italiana*, cit., 141 ss., che pone attenzione sulla mancata modifica di numerose leggi, d’origine liberale e più gravemente fascista, che limitavano le diverse libertà garantite dalla Costituzione, e che qualche volta sono state perfino oggetto di aggravamenti con singole nuove norme legislative.

<sup>242</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 148 – 153, il quale osserva che questo processo non conduce alla sostituzione al soggetto di una nuova figura unitaria, ma alla penetrazione nell’ordinamento di figure soggettive diverse, espressive della condizione umana. La più significativa di queste articolazioni della persona è costituita dal lavoratore, al quale fa riferimento l’art. 1 Cost., cui si accompagnano altri statuti differenziati, quale ad esempio quello del consumatore.

La Costituzione, diceva Calamandrei<sup>243</sup>, è presbite, perché guarda avanti e vede meglio in lontananza, e il nostro compito di eredi di questo grande patrimonio è di salvaguardarlo dai miopi e di valorizzarne le potenzialità<sup>244</sup>. E di questo compito, nel corso degli anni, si è fatta carico la giurisprudenza, coadiuvata dalla dottrina più avvertita e sostenuta, a tratti, dal legislatore, in un processo di continua rilettura del testo costituzionale e di adeguamento agli standard di tutela affiorati sul piano sovranazionale, tale da assecondare la rivoluzione copernicana del rapporto medico – paziente.

Tale discorso non può che rinvenire la sua origine in una riflessione generale relativa al sistema di tutela dei diritti fondamentali, che nel suo incedere ingloba ed avvince anche le variegate sfumature dell'integrità psico – fisica.

Al riguardo, è opportuno osservare, come già innanzi effettuato, che per circa un ventennio dall'entrata in vigore della Carta costituzionale i diritti della personalità hanno ricevuto scarsa tutela, e ciò probabilmente anche in virtù di un pregiudizio ideologico derivante dalla concezione del diritto soggettivo come posizione giuridica modellata sul diritto di proprietà ed avente ad oggetto beni posti al di fuori della persona, nonché della carenza di norme imperative che disciplinassero il risarcimento al di fuori dell'ambito penalistico e pubblicistico<sup>245</sup>.

---

<sup>243</sup> P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, 1955, rist. Milano, 2000, 132 ss.

<sup>244</sup> G. SILVESTRI, *La nascita della Costituzione italiana*, cit., 585 ss.

<sup>245</sup> G. CHINÈ, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, cit., 127 – 128. L'Autore sottolinea la presenza, all'interno del Codice civile del 1942, di pochissime norme che si occupano della tutela dei diritti fondamentali, quali, in particolare, l'art. 5 c.c., relativo agli atti di disposizione del proprio corpo, l'art. 6 sul diritto al nome, l'art. 9 sul diritto allo pseudonimo e l'art. 10 sul diritto all'immagine.

È stato merito della dottrina più avveduta<sup>246</sup> avere evidenziato l'irragionevolezza di un siffatto sistema, tale da privilegiare la protezione della categoria dell'“avere” a scapito di quella dell'“essere”.

Il dibattito relativo ai diritti della personalità ha visto fronteggiarsi due orientamenti antitetici: una tesi pluralista ed una tesi monista, la cui affermazione presso la giurisprudenza di legittimità ha segnato un rilevante avanzamento nella tutela dell'individuo.

Nel dettaglio, i fautori della concezione pluralista sostengono che la personalità sia tutelata nella misura in cui siano previamente individuate dal legislatore specifiche situazioni normativamente protette. In altre parole, si rende necessario un intervento legislativo che individui in maniera puntuale le distinte posizioni soggettive, qualificabili in termini di diritti della personalità, meritevoli di salvaguardia sotto il profilo giuridico. La persona, si afferma, è portatrice di svariati e molteplici interessi, sicché sarebbe eccessivamente riduttivo limitarne la manifestazione ad un'unica generale fattispecie di diritto avente ad oggetto la personalità *tout court*, negando di contro l'esistenza di tanti diritti quanti sono i suoi molteplici ambiti di espressione<sup>247</sup>.

E detta ricostruzione, nella quale può scorgersi il retaggio della tutela penale della responsabilità, in quanto fondata sulla tipizzazione della

---

<sup>246</sup> A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., 13 ss.; M. ARE, *Interesse alla qualificazione e tutela della personalità*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1965, 87 – 89, il quale ritiene che l'essenzialità sia una qualificazione troppo variabile per essere assunta ad attributo atto a delimitare la categoria dei diritti della personalità. Piuttosto, l'essenzialità è collegata all'inerenza personale dei beni e si definisce in ragione dello stesso collegamento: i beni inerenti alla persona sono, in quanto tali, così importanti per questa da comportare l'essenzialità dei diritti sugli stessi.

<sup>247</sup> A. BARBAZZA, *Natura, contenuto e struttura dei diritti della personalità*, in S. RUSCICA (a cura di), *I diritti della personalità*, Assago, 2013, 37 ss. La teoria pluralista si rintraccia in numerosi lavori risalenti relativi ai diritti della personalità, tra i quali F. DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 1939, 161 ss.; G. PUGLIESE, *Il diritto alla “riservatezza” nel quadro dei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 605 ss.; per una riaffermazione più recente G. GIACOBBE, *L'identità personale tra dottrina e giurisprudenza. Diritto sostanziale e strumenti di tutela*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, 810 – 887.

tutela<sup>248</sup>, ha trovato riscontro anche in talune pronunce della Corte di cassazione, ove si è affermato che non può esservi, nel diritto privato, interesse giurisdizionalmente tutelabile se non nella forma del diritto soggettivo e che una tale posizione giuridica, provvista di un ben delineato contenuto, risulta configurabile soltanto ove una o più norme del diritto oggettivo lo preveda e lo disegni esplicitamente od implicitamente<sup>249</sup>.

La teoria monista, al contrario, concepisce non singoli diritti della personalità ma un diritto unitario all'autonomo sviluppo della personalità, che va tutelato dal legislatore nelle sue multiformi sfaccettature, prescindendo dalla sussistenza di specifiche disposizioni legislative<sup>250</sup>. Da ciò discende, secondo un'impostazione poi recepita dalla giurisprudenza maggioritaria, la necessità di concepire l'art. 2 Cost. alla stregua di un "catalogo aperto" che, consacrando la centralità della persona nel quadro normativo, si presta ad offrire tutela costituzionale ad ogni posizione che

---

<sup>248</sup> G. PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003, 140.

<sup>249</sup> Cass. civ., Sez. I, 22 giugno 1985, n. 3769. In quest'occasione la Suprema Corte, sostenendo tale posizione teorica, precisa altresì che il nome o l'immagine non possono essere intesi come simbolo dell'intera e complessiva personalità del titolare, pena l'alterazione interpretativa del contenuto degli artt. 7 e 10 c.c. oltre i limiti consentiti dallo strumento dell'interpretazione estensiva, perché incompatibile con la loro struttura e con la *ratio* legislativa di entrambe.

<sup>250</sup> Tra i sostenitori della teoria monista G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana ed il cd. "diritto alla riservatezza"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 1958, 458 ss., il quale sostiene la sussistenza di un diritto della personalità di contenuto non differenziato, che sintetizza tutte le diverse forme e gli interessi in cui lo stesso può manifestarsi senza tuttavia immedesimarsi nella loro somma; A. SCHERMI, *Il diritto assoluto della personalità ed il rispetto della verità nella cronaca, nell'opera storiografica, nell'opera biografica e nell'opera narrativa di fantasia*, in *Giust. civ.*, 1966, I, 1252 – 1270; P. PERLINGIERI, *Profili del diritto civile*, Napoli, 1994, 417 ss.; G. CHINÈ, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, cit., secondo cui la concezione monista meglio corrisponde alle esigenze di tutela della personalità non limitandola alle sole ipotesi espressamente previste dal legislatore; e, d'altronde, nella complessa realtà contemporanea, la molteplicità delle manifestazioni della personalità non consente una codificazione normativa della tutela.

emerge nel tessuto sociale quale fondamentale ed incompressibile manifestazione della personalità<sup>251</sup>.

Ed è attraverso tale via che, nel corso degli anni, la giurisprudenza di legittimità e costituzionale ha offerto tutela a diritti della personalità sprovvisti di un referente normativo esplicito. Emblematico può considerarsi l'esempio del diritto alla riservatezza, tale da avvincere tutte le vicende legate all'illesa intimità personale in certe manifestazioni della vita di relazione, sì da sottrarle alle maglie del diritto di cronaca<sup>252</sup>; e, ancora, volendo riportare un esempio più recente, può farsi riferimento al diritto all'identità sessuale, considerato quale essenziale forma di realizzazione della personalità e presidiato sia sul versante penale attraverso il reato di ingiuria, sia sul versante civilistico, ove si fraziona nei tre rinvii della condotta, dell'inclinazione e della comunicazione (cd. coming out)<sup>253</sup>.

In un quadro così tratteggiato, connotato dalla progressiva esaltazione della libertà di autodeterminazione della persona quale centro tolemaico di rotazione del sistema giuridico, emerge la necessità di valorizzare il disposto di cui all'art. 32 Cost., consentendo a ciascun individuo la gestione personalistica della sua situazione psico – fisica, attraverso una scelta effettiva tra le più opzioni lecite messe a disposizione dal contesto scientifico di riferimento, posto che a ciascuna scelta corrisponde una modalità di estrinsecazione della personalità<sup>254</sup>.

---

<sup>251</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. I, 20 aprile 1963, n. 990; Cass. Civ., Sez. I, 27 maggio 1975, n. 2129; Cass. civ., Sez. I, 7 febbraio 1996, n. 978.

<sup>252</sup> Cass. civ., Sez. III, 9 giugno 1998, n. 5658.

<sup>253</sup> Cass. civ., Sez. III, 22 gennaio 2015, n. 1126.

<sup>254</sup> A. DE SANTIS, *La fecondazione eterologa nel quadro legislativo e giurisprudenziale italiano*, in M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *Fecondazione eterologa*, Milano, 2015, 250, il quale evidenzia come, proprio alla luce di queste riflessioni, caratterizzate, al fondo, dall'adesione alla concezione monista della personalità, si forma il concetto di "alleanza terapeutica" nella sua lettura moderna, concetto che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene, rispettando i percorsi culturali di ciascuno. Il tutto, attraverso una determinazione volitiva che non si vuole annichilita da proibizioni di matrice pubblicistica sprovviste di razionale fondamento.

Sul piano legislativo una prima previsione del consenso informato può essere rinvenuta nell'art. 2 della L. n. 458/1967, che disciplina il trapianto di rene tra vivi; invero, tale disposizione prevede che «la donazione di un rene può essere autorizzata, a condizione che il donatore abbia raggiunto la maggiore età, sia in possesso della capacità di intendere e di volere, sia a conoscenza dei limiti della terapia del trapianto del rene tra viventi e sia consapevole delle conseguenze personali che il suo sacrificio comporta». Nel medesimo senso, ma con rilievo ancora maggiore, si pone la previsione di portata generale contenuta nell'art. 33 della L. n. 833/1978 (Legge di riforma del sistema sanitario nazionale), a tenore del quale «gli accertamenti e i trattamenti sanitari sono di norma volontari»<sup>255</sup>.

Tuttavia, trattasi di disposizioni pionieristiche che, pur manifestando la necessità di improntare all'autodeterminazione la gestione del vissuto sanitario del paziente, ancora non provvedono a delineare i tratti caratteristici del consenso informato, destinato a configurarsi quale presupposto di liceità dei trattamenti medici e ad acquisire una fisiologia maggiormente precisa attraverso il lavoro interpretativo della giurisprudenza.

In particolare, risale al 1967 la prima sentenza nella quale la giurisprudenza di legittimità parla di «consenso consapevole» al trattamento sanitario, perché preceduto da un'adeguata informazione resa dal medico al paziente; tuttavia, la pronuncia oggetto di esame estende l'operatività scriminante del

---

<sup>255</sup> E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 4, 2011; cfr. anche V. MALLARDI, *Le origini del consenso informato*, cit. L'Autore si sofferma sulla questione del superamento del concetto di "beneficialità" quale presupposto di liceità dell'attività medica. Difatti, durante la prima metà del secolo XX, la "beneficialità" della prestazione medico – chirurgica e, dunque, la sua finalizzazione al miglioramento complessivo della situazione patologica del paziente, è stata ritenuta il presupposto legale sufficiente per stabilire la differenza tra un atto di lesione personale di un semplice cittadino e l'azione cruenta del chirurgo, in quanto si considerava la condotta del medico utile per il bene e la salvaguardia del malato e, dunque, penalmente irrilevante.



consenso alla sola area degli interventi altamente rischiosi, astenendosi dal coniare una regola di portata generale<sup>256</sup>.

Solo nel 1985 la regola del consenso informato inizia ad assumere le sembianze del principio generale, tale da rappresentare l'imprescindibile presupposto di ogni trattamento medico o chirurgico. Difatti, in questa occasione, la Suprema Corte precisa che il dovere di informazione gravante sul sanitario, nell'ottemperare il quale questi deve rendere il paziente pienamente edotto delle conseguenze potenzialmente scaturenti dall'intervento e delle eventuali alternative diagnostiche e terapeutiche, non concerne unicamente gli interventi rischiosi, bensì la totalità dei trattamenti medico – chirurgici<sup>257</sup>. È dunque solo dagli anni '80 che al termine consenso si aggiunge l'aggettivo "informato", che sottintende la sovranità del paziente sul proprio corpo e sulla propria vita, a sua volta fondata su di una dettagliata conoscenza delle proprie condizioni fisiche. In tal modo, il consenso smarrisce la propria originaria conformazione in termini di scudo protettivo contro l'invasività della tecnica biomedica<sup>258</sup> e si tramuta in uno

---

<sup>256</sup> Cass. civ., Sez. III, 25 luglio 1967, n. 1950. Interessante riportare il passaggio della sentenza nel quale si afferma che «la vita e l'incolumità fisica costituiscono un retaggio così geloso e sacro della persona umana, che essa sola può disporne, nella sfera inviolabile della propria libertà personale».

<sup>257</sup> Cass. civ., Sez. II, 8 agosto 1985, n. 4394; per una trattazione approfondita della tematica, M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *La parola al paziente, cit.*, ove si sostiene che l'estensione del consenso informato agli interventi non rischiosi attesta un avvenuto mutamento di prospettiva: fino a quando questo principio era collegato alla rischiosità dell'intervento, l'unico bene giuridico tutelato poteva essere individuato nella salute; al contrario, nel momento in cui ha iniziato a diffondersi il convincimento che ogni trattamento medico esige un consenso informato si è invece avuta principalmente di mira la tutela della libertà di autodeterminazione del paziente, il quale ha diritto di essere arbitro di tutto quanto incida, in senso positivo o anche in senso negativo, sulla sua integrità psico – fisica. In tal modo, il paziente acquista il diritto di condividere con il medico gli spazi di discrezionalità messi a disposizione dalla scienza.

<sup>258</sup> M. MORI, *Manuale di bioetica, cit.*, 308 – 312. L'Autore sostiene che, per le ragioni di cui sopra, il consenso informato diviene l'analogo del diritto di cittadinanza e di voto: come grazie al diritto di voto il cittadino ha conquistato la sovranità sul piano politico, attraverso il consenso informato conquista la sovranità sul piano biomedico, grazie allo smantellamento dei binari della vita biologica.

strumento di manifestazione dell'essenza ontologica dell'individuo, giungendo ad intaccare l'etica della sacralità della vita.

E attraverso la successiva evoluzione giurisprudenziale il principio del consenso informato si riempie di contenuti e diviene necessariamente personale, attuale, libero, esplicito, specifico ed informato, mantenendo la sua efficacia scriminante solo in presenza di dette caratteristiche<sup>259</sup>.

Con maggiore impegno esplicativo, occorre precisare che il consenso, cui viene riconosciuta natura di atto giuridico in senso stretto di portata autorizzatoria, deve essere anzitutto personale, ossia provenire direttamente dal paziente, purché si tratti di persona cosciente e capace di intendere e di volere<sup>260</sup>.

Inoltre, la manifestazione del consenso deve presentare il carattere dell'attualità, e cioè persistere al momento dell'inizio dell'intervento,

---

<sup>259</sup> Cass. civ., Sez. III, 25 novembre 1994, n. 10014; Cass. civ., Sez. III, 16 maggio 2000, n. 6318; Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2001, n. 1572; Cass. civ., Sez. III, 30 luglio 2004, n. 14638; Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748; Cass. pen., Sez. IV, 14 marzo 2008, n. 11335; Cass. civ., Sez. III, 9 febbraio 2010, n. 2847; Cass. civ., Sez. III, 27 novembre 2012, n. 20984; Cass. civ., Sez. III, 13 febbraio 2015, n. 2854. Cfr. anche G. CHINÈ, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, cit., 1775 – 1778; M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *La parola al paziente*, cit., 50 ss. ove si ricollega il principio del consenso informato anche al principio della buona fede oggettiva, che pervade di sé l'esecuzione delle prestazioni contrattuali; C. CASONATO, *I percorsi evolutivi della sperimentazione umana*, cit., 36 ss.; M. MORI, *Manuale di bioetica*, cit., 304 ss.; M. ARAMINI, *Introduzione alla Bioetica*, cit., 159 ss.; E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato*, cit., 2 ss., il quale pone in luce come il consenso informato funga da cerniera tra la dimensione oppositiva e quella pretensiva di salute; infatti, manovrando tale strumento il paziente può decidere di rifiutare un determinato trattamento proposto, ed in tal caso viene garantito nel suo diritto a che terzi non si ingeriscano nella sua sfera psico – fisica, ovvero può decidere di consentire al trattamento, in tal caso dovendosi garantire allo stesso il diritto alle cure.

<sup>260</sup> Il carattere della personalità, però, subisce una deroga ove debba praticarsi l'intervento su di un paziente interdetto, minore d'età, o comunque incapace di intendere e di volere, in tali casi dovendo l'approvazione del trattamento medico provenire dal rappresentante legale. Tuttavia, è acquisito presso la giurisprudenza il principio in base al quale il giudice deve comunque valorizzare l'opinione espressa dai pazienti infradiciottenni, tenendo in adeguata considerazione il grado di maturazione raggiunto da ciascuno di essi.

tenuto conto della sua libera revocabilità, che salvaguarda pienamente la libertà di scelta dell'individuo<sup>261</sup>.

Deve trattarsi poi di un consenso esplicito, per il quale si è spesso ritenuta necessaria la forma scritta, a tutela dell'autodeterminazione del paziente, reputandosi non valido un nulla – osta puramente tacito<sup>262</sup>.

E, ancora, deve essere un consenso specifico, avente ad oggetto i singoli trattamenti o interventi diagnostici o terapeutici prospettati dal sanitario, non potendosi configurare un consenso che legittimi sotto ogni profilo l'attività di quest'ultimo<sup>263</sup>.

Infine, ed in linea più generale, il consenso deve essere informato, ossia rilasciato alla luce di una particolareggiata informazione resa dal medico ed avente ad oggetto lo stato patologico del paziente, la tipologia di intervento diagnostico o terapeutico da praticare, le alternative prospettabili, le conseguenze potenzialmente scaturenti da tale intervento e da altri interventi alternativi, le potenziali complicazioni, lo stato di efficienza ed il livello di dotazioni della struttura sanitaria. Il tutto adoperando un linguaggio che si adegui al livello culturale ed al grado di esperienza

---

<sup>261</sup> In realtà, si è osservato da più parti che anche il carattere dell'attualità può subire delle flessioni, in specie ove il paziente si sia precedentemente avvalso dell'istituto della designazione anticipata dell'amministratore di sostegno, di cui all'art. 408 c.c., impartendo a costui direttive relative alla gestione del suo itinerario sanitario. Ad ogni modo, la questione sarà oggetto di approfondimento nel prosieguo della trattazione.

<sup>262</sup> Taluni scorgono un affievolimento del carattere esplicito del consenso in Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, relativa al caso di Eluana Englaro, ove, dinanzi ad un paziente in stato vegetativo ed in assenza di una manifestazione di volontà espressa, si provvede alla ricostruzione del dissenso alla prosecuzione dell'alimentazione artificiale attraverso l'analisi del bagaglio culturale, ideologico, religioso, filosofico e umano del paziente, pur sempre rispettando il criterio del *best interest*. Ad ogni modo, le problematiche affrontate da tale pronuncia saranno oggetto di approfondimento nel prosieguo della trattazione.

<sup>263</sup> Rilevante, al riguardo, Cass. civ., Sez. III, 15 gennaio 1997, n. 364, ove si puntualizza che se le singole fasi di un'operazione chirurgica assumono un'autonomia gestionale e presentano varie soluzioni alternative, il dovere di informazione si estende alle singole fasi ed ai rispettivi rischi.

dell'interlocutore, sì da consentirgli una valutazione sufficientemente ponderata degli elementi che gravitano intorno all'intervento<sup>264</sup>.

Soltanto ove tali presupposti vengano effettivamente rispettati il consenso assurge a reale strumento di estrinsecazione della libertà morale e di autodeterminazione del paziente, nonché della sua libertà fisica, intesa come diritto costituzionalmente rilevante al rispetto delle proprie integrità corporee, le quali sono tutti profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost.<sup>265</sup> E, in tale prospettiva, non può più riconoscersi al medico un generale "diritto di curare", dinanzi al quale si troverebbe annichilita la volontà del paziente nella risalente visione della beneficialità, bensì soltanto una facoltà o potestà di curare, derivante dall'abilitazione all'esercizio della professione sanitaria<sup>266</sup>, cui il paziente può ben frapporre un "rifiuto di cure", espressivo della volontà che la malattia faccia il suo corso naturale.

Del resto, questo generale divieto di attuare interventi sanitari contro la volontà del paziente, fatte salve le ipotesi di trattamento necessario di cui al comma 2 dell'art. 32 Cost., è coerente con la nuova dimensione assunta dal concetto di salute, non più intesa come semplice assenza di malattia,

---

<sup>264</sup> Per questo motivo, come chiarito da Trib. Milano, Sez. V, 29 marzo 2005, la sottoscrizione di moduli prestampati di consenso informato, il cui uso è molto diffuso all'interno delle strutture sanitarie, non esonera al sanitario di informare verbalmente il paziente relativamente a tutte le circostanze di cui sopra, onde colmare le eventuali lacune presenti all'interno del suddetto modulo o formulare le informazioni in termini comprensibili secondo il livello culturale ed intellettuale del paziente. Merita segnalare anche Cass. civ., Sez. III, 27 novembre 2012, n. 20984, ove si precisa che, se da un lato la qualità rivestita dal paziente – nel caso di specie un radiologo – ben può incidere sulle modalità con le quali gli vengono fornite le informazioni relative all'intervento, tenuto conto del suo livello culturale, dall'altro da tale peculiare capacità di discernimento non può implicitamente presumersi l'adesione all'intervento realizzato pur in mancanza di un'adequata informazione, dovendo il consenso pur sempre tradursi in una manifestazione di volontà effettiva e reale; E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato*, cit., 4 ss.

<sup>265</sup> In tal modo, l'informazione diventa parte integrante dell'atto medico chirurgico, prescindendo dal consenso informato, ma deve essere ritagliata sull'esperienza di vita del singolo malato, nel soddisfacimento di una necessità di condivisione della malattia.

<sup>266</sup> Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2001, n. 1572.

quanto, piuttosto, come stato di benessere psico – fisico globale dell'individuo, coinvolgente gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza<sup>267</sup><sup>268</sup>. In tale prospettiva, “cura” non è più ciò che imperativamente il medico ritiene di proporre o imporre al paziente, in una visione autoritativa di salute che coincida solo con il principio di beneficalità, ma il contenuto, concreto e dinamico, dell'itinerario umano, prima ancor che curativo, che il malato ha deciso di costruire, nell'alleanza terapeutica con il medico e secondo scienza e coscienza di questo, per il proprio benessere psico – fisico, anche se tale benessere, finale o transeunte, dovesse preludere all'annientamento della sua vita<sup>269</sup>. E tale concetto di salute, provvisto di una forte dimensione sociale, acquista un pregnante significato anche presso il morente, traducendosi in tal caso in lotta per una dignità o qualità di vita a misura d'uomo<sup>270</sup>.

Tutto questo pone degli ulteriori limiti al legislatore, atteso che la legge deve intervenire in misura minore nella determinazione dei contenuti delle

---

<sup>267</sup> G. CHINÈ, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile, cit.*, 133 – 135; cfr., quanto al profilo più squisitamente bioetico, M. ARAMINI, *Introduzione alla Bioetica, cit.*, 125 ss., ove si propone l'accoglimento di una definizione di salute intesa non come “stato” ma, piuttosto, come «“tensione” dell'uomo e della società per un benessere bio – psichico – spirituale e ambientale»; questa definizione della salute, considerata nella totalità dell'uomo calato all'interno di una situazione reale, specifica e qualifica la finalità sanitaria; S. SPINSANTI, *Salute, malattia e morte*, in AA. VV., *Nuovo dizionario di teologia morale*, Milano, 1990, 1134 – 1144; quanto al profilo giurisprudenziale, Corte cost., 5 febbraio 1985, n. 161; Corte cost., 7 luglio 1999, n. 309.

<sup>268</sup> A questo proposito vale anche fare riferimento alla nozione di salute indicata dall'Organizzazione mondiale della sanità fin dal momento della sua istituzione nel 1948 come «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non soltanto assenza di malattia».

<sup>269</sup> Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748; cfr. A. DE SANTIS, *La fecondazione eterologa nel quadro legislativo, cit.*, ove si osserva che proprio per tali ragioni ormai si riconosce al paziente la possibilità di orientare autodeterministicamente la propria esistenza anche attraverso la scelta di “lasciarsi morire”, ove ad esempio non ritenga conforme ai principi ispiratori della propria persona la prosecuzione di una forzata alimentazione artificiale; ancora, sull'evoluzione del concetto di salute, Cass. civ., Sez. Un., 1 agosto 2006, n. 17461.

<sup>270</sup> D. D'AVANZO, *Etica sanitaria*, Milano, 1987, 92 – 93.

prestazioni sanitarie, sì da consentirne il modellamento attraverso l'incontro tra l'autodeterminazione del paziente e l'autonomia e responsabilità del medico<sup>271</sup>.

E, ad esito di questo percorso evolutivo legato alla tutela della persona, non può omettersi di sottolineare che la giurisprudenza sembra aver raggiunto un più elevato livello di consapevolezza circa il riconoscimento della facoltà del paziente di rifiutare le cure, come attestato da una recente presa di posizione del Consiglio di Stato che sembra mettere la parola fine al caso Englaro<sup>272</sup>. Invero, i giudici amministrativi, nel rifiutare una visione autoritativa della cura, permeata al fondo da residui di beneficenza ippocratica, ribadiscono la necessità di consentire al paziente di rifiutare le cure cui non intenda sottoporsi, ove si tratti chiaramente di un rifiuto informato, autentico ed attuale. «Ciò è conforme al principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé; vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente (...) e guarda al limite del “rispetto della

---

<sup>271</sup> A. PIOGGIA, *Consenso informato*, cit., 127 ss.; depone in tal senso anche Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151.

<sup>272</sup> Cons. St., Sez. VI, 2 settembre 2014, n. 4460, che riprende e sviluppa l'orientamento già espresso in maniera conferente da Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748. Nel riconoscere il diritto del paziente al rifiuto delle cure, il Consiglio di Stato precisa ulteriormente che «di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c'è spazio – nel quadro della c.d. “alleanza terapeutica” – per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma, allorché il rifiuto abbia tali connotati, non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico». E, ancora, che l'eventuale rifiuto opposto da una struttura pubblica al distacco dell'alimentazione artificiale, a fronte di una manifestazione di volontà in tal senso, «si pone in contrasto anche con il principio di imparzialità (art. 97 Cost.), poiché fa dipendere l'accettazione del malato in una struttura sanitaria dal suo atteggiamento nei confronti della cura e dalla sua accettazione di un certo standard terapeutico». In senso critico, A. NICOLUSSI, *Rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari e obblighi del medico*, in M. GENSABELLA FURNARI, A. RUGGERI, *Rinuncia alle cure e testamento biologico*, Torino, 2010, 33, circa il contrasto potenzialmente configurabile tra l'ammissione del rifiuto di cure ed il principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., letto in una visuale ispirata, al fondo, dalla concezione sacrale della vita umana.

persona umana” in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell’integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive».

In definitiva, e sulla scorta delle considerazioni fin qui effettuate, deve escludersi che, ad oggi, il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita, poiché, alle condizioni surriferite, la tutela autoritativa della stessa recede dinanzi al dispiegarsi autodeterministico della persona, che attraverso questa estrinsecazione si radica nel mondo dei viventi.

Tuttavia, il rifiuto di cure, ormai pacificamente ammesso, non può essere equiparato al fenomeno dell’“eutanasia attiva”, inteso quale comportamento attivo il cui effetto sia quello di provocare la morte del malato<sup>273</sup>. Difatti, giammai la giurisprudenza si è spinta ad una tale equiparazione, ed anzi ha ribadito, che il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può e non deve essere scambiato per un’ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende in via diretta abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale<sup>274</sup>.

---

<sup>273</sup> S. CORTESE, *Il ruolo della famiglia legittima e di fatto nelle scelte di fine vita del congiunto*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013, 376.

<sup>274</sup> Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748. In tale ottica deve ritenersi senz’altro vietata e, quindi, penalmente incriminabile a titolo di omicidio, la condotta di somministrazione di una dose letale di medicinale; cfr. anche Cass. civ., Sez. I, ordinanza 20 aprile 2005, n. 8291, che si sofferma sulla mancanza di una specifica presa di posizione legislativa. Quanto al profilo dottrinario, D. MINUTELLI, *L’eutanasia ed il suicidio assistito: aspetti etici e giuridici*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013, 319 ss., secondo la quale, aderendo ad una concezione di autonomia di matrice kantiana, e cioè intendendo la stessa come auto – legislazione fondata su principi razionali, l’eutanasia attiva rimane un’alternativa eticamente inaccettabile; al contrario, aderendo alla concezione dell’autonomia come capacità di esprimere e

Ciò posto, si impone una riflessione ulteriore relativa alle movenze evolutive della giurisprudenza della Suprema Corte, da cui ancora una volta traspare l'evoluzione del rapporto medico – paziente. Occorre infatti approfondire i mutamenti che recentemente interessano lo spettro operativo del consenso informato, e, dunque, la dilatazione del dovere di informazione gravante sul sanitario<sup>275</sup>.

Come innanzi accennato, in tempi risalenti il dovere di informazione del medico si riteneva sussistente solo ove il paziente dovesse essere sottoposto ad interventi di particolare complessità o connotati da elevata pericolosità<sup>276</sup>. Soltanto con il trascorrere degli anni il dovere di informazione ha investito la generalità degli interventi medici, avvincendo altresì le alternative diagnostiche e terapeutiche nonché le complicazioni potenzialmente scaturenti dagli interventi stessi, e la situazione ospedaliera<sup>277</sup>.

Ma, nelle più recenti prese di posizione della giurisprudenza, il consenso informato sembra attrarre entro il suo alveo un quantitativo sempre più elevato di informazioni, rendendo sotto quest'aspetto maggiormente

---

realizzare il proprio potenziale interiore in linea con i personali bisogni ed interessi, può giungersi ad ammettere l'accesso all'eutanasia, ove ciò corrisponda alla volontà esplicita del paziente sottoposto a gravi sofferenze e dolori, che, in tal modo, intenda conseguire quello che ritiene il suo miglior interesse; C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica: il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, 17 ss.; G. POPOLO, *Testamento biologico ed eutanasia: i limiti contenutistici*, in M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *Il testamento biologico, verso una proposta di legge*, Milano, 2007, 24 ss.

<sup>275</sup> Per una trattazione dottrina relativa ai contenuti del dovere di informazione gravante sul medico, M. FRANZONI, *Il professionista e criteri per l'accertamento della responsabilità*, in *Contr. e impr.*, 3, 2015, 587 ss.; R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010; A. VALSECCHI, *Informazione e acquisizione del consenso del paziente nell'équipe medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2009, 337 ss.; AA. VV., *Il consenso del minore all'atto medico. Importanza dell'informazione e valenze terapeutiche anche alla luce di un caso clinico*, in *Riv. it. med. leg.*, 5, 2003, 875 ss.

<sup>276</sup> Cass. civ., Sez. III, 25 luglio 1967, n. 1950.

<sup>277</sup> Cass. civ., Sez. II, 8 agosto 1985, n. 4394; Cass. Civ., Sez. III, 25 novembre 1994, n. 10014; Cass. civ., Sez. III, 16 maggio 2000, n. 6318; Cass. civ., Sez. III, 30 luglio 2004, n. 14638.



gravosa la posizione del sanitario, pur sempre nell'ottica della salvaguardia dell'autodeterminazione del paziente. Invero, la Corte di cassazione più volte precisa che l'acquisizione da parte del medico del consenso informato costituisce prestazione altra e diversa da quella dell'intervento medico richiestogli<sup>278</sup>, e che, a fronte dell'allegazione di inadempimento da parte del paziente è onere del medico provare l'adempimento dell'obbligazione di fornirgli un'informazione completa ed effettiva sul trattamento sanitario e sulle sue conseguenze, senza che sia dato presumere la prestazione del consenso informato sulla base delle qualità personali del paziente<sup>279</sup>. E, soprattutto, puntualizza ulteriormente che il consenso informato va acquisito anche qualora la probabilità di verificazione dell'evento sia così scarsa da essere prossima al fortuito o, al contrario, sia così alta da renderne certo l'accadimento, in quanto solo al paziente spetta la valutazione dei rischi cui intende esporsi<sup>280</sup>.

---

<sup>278</sup> Cass. civ., Sez. III, 16 maggio 2013, n. 11950; Cass. civ., Sez. III, 13 febbraio 2015, n. 2854, ove si ribadisce, peraltro, che «il consenso informato attiene al diritto fondamentale della persona all'espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, e quindi alla libera e consapevole autodeterminazione del paziente, atteso che nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge».

<sup>279</sup> Cass. civ., Sez. III, 28 agosto 2013, n. 19920; nel senso dell'ampliamento del contenuto dell'informazione, E. SGRECCIA, *L'etica del rapporto medico paziente*, cit., 29 – 30.

<sup>280</sup> Cass. civ., Sez. III, 19 settembre 2014, n. 19731; Cass. civ., Sez. III, 29 settembre 2015, n. 19212, precisando altresì che il medico «è pertanto tenuto a mantenere un comportamento leale, e ad osservare obblighi di informazione e di avviso nonchè di salvaguardia dell'utilità altrui – nei limiti dell'apprezzabile sacrificio – dalla cui violazione conseguono profili di responsabilità in ordine ai falsi affidamenti anche solo colposamente ingenerati nei terzi, (...), la condotta di adempimento della dovuta prestazione medica va allora valutata sotto i segnalati profili della diligenza qualificata e della buona fede o correttezza, dovendo al riguardo altresì accertarsi se le conseguenze dannose verificatesi all'esito dell'evento lesivo siano, sotto il profilo del più probabile che non». Sulla stessa linea si pone Cass. civ., Sez. III, 27 novembre 2015, n. 24220, a tenore della quale «il sanitario che formuli una diagnosi di normalità morfologica del feto anche sulla base di esami strumentali che non ne hanno consentito, senza sua colpa, la visualizzazione nella sua interezza, ha l'obbligo di informare la paziente della possibilità di ricorrere ad un centro di più elevato livello di specializzazione, in vista dell'esercizio del diritto della gestante di interrompere la gravidanza, (...)».

Inoltre, secondo quanto precisato dai giudici di Piazza Cavour, al medico convenuto in un giudizio di responsabilità non basta, per superare la presunzione posta a suo carico dall'art. 1218 c.c., dimostrare che l'evento dannoso per il paziente rientri astrattamente nel novero di quelle che nel lessico clinico vengono chiamate "complicanze", rilevate dalla statistica sanitaria<sup>281</sup>, dovendo piuttosto provare che tale evento non era prevedibile oppure non era evitabile, integrando in tal caso gli estremi della causa non imputabile, sulla scorta di un accertamento compiuto in concreto<sup>282</sup>.

Infine, di recente la Suprema Corte ribadisce con fermezza l'impostazione teorica a guisa della quale la circostanza che l'intervento medico non preceduto da acquisizione di consenso sia stato risolutivo della patologia del paziente non è idonea, di per sé, ad eliminare i danni conseguenza derivati dalla violazione della sua libertà di autodeterminazione, acquisendo dunque autonomo rilievo sotto il profilo risarcitorio, la violazione del dovere di informazione<sup>283</sup>. E ciò senza negare la configurazione del danno risarcibile in termini di "danno – conseguenza", bensì sottolineando che «la libertà di autodeterminarsi costituisce un bene

---

<sup>281</sup> Col lemma "complicanza", la medicina clinica e la medicina legale designano solitamente un evento dannoso, insorto nel corso dell'iter terapeutico, che pur essendo astrattamente prevedibile, non sarebbe evitabile.

<sup>282</sup> Cass. civ., Sez. III, 30 giugno 2015, n. 13328. In particolare, secondo gli ermellini il concetto di complicanza è inutile nel campo giuridico perché, ove nel corso dell'esecuzione di un intervento medico o dopo la conclusione di esso si verifichi un peggioramento delle condizioni del paziente, o tale peggioramento era prevedibile ed evitabile, ed in tal caso esso va ascritto a colpa del medico, ovvero tale peggioramento non era prevedibile oppure non era evitabile, ed in tal caso esso integra gli estremi della "causa non imputabile" di cui all'art. 1218 c.c., a nulla rilevando che la statistica clinica non lo annoveri in linea teorica tra le "complicanze".

<sup>283</sup> Cass. civ., Sez. III, 13 febbraio 2015, n. 2854, ove si afferma che l'acquisizione da parte del medico del consenso informato del paziente rappresenta l'oggetto di un'obbligazione diversa ed autonoma rispetto a quella di esecuzione dell'intervento medico; invero, il consenso informato attiene al diritto fondamentale della persona all'espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, mentre il trattamento medico terapeutico ha viceversa riguardo alla tutela del (diverso) diritto fondamentale alla salute, che rinviene il suo referente fondamentale nell'art. 32 Cost.

di per sé, quale aspetto della generica libertà personale», sicché la conculcazione della facoltà del paziente di decidere se autorizzare o non autorizzare il medico all'esecuzione dell'intervento proposto, o addirittura rivolgersi altrove, costituisce di per sé la perdita di un bene personale; del resto, «la preclusione di tali possibilità di autodeterminarsi e di beneficiare della diminuzione della sofferenza psichica conseguente all'autodeterminazione in alcun modo risultano compensate dall'esito favorevole dell'intervento»<sup>284</sup>.

Dunque, dall'analisi delle più recenti prese di posizione della giurisprudenza di legittimità pare indubbiamente emergere un processo di esaltazione dell'autodeterminazione individuale, tale da condurre ad una completa sovrapposizione concettuale tra conseguenze lesive derivanti dall'evento dannoso provocato dal medico e lesione della libertà personale, dilatando i confini ontologici del concetto di “danno – conseguenza”. E ciò, da un lato non disconoscendo la configurazione degli artt. 13 e 32 Cost. in termini di mezzi di protezione del paziente dalle ingerenze autoritative esterne e, dall'altro, valorizzando gli stessi quali strumenti di

---

<sup>284</sup> Cass. civ., Sez. III, 12 giugno 2015, n. 12205, ove si fa riferimento anche ad ulteriori danni conseguenza potenzialmente scaturenti dalla mancata acquisizione del consenso: «a) alla sofferenza e contrazione della libertà di disporre di se stesso, psichicamente e fisicamente, durante l'esecuzione dell'intervento e la successiva convalescenza; b) alla diminuzione che lo stato del paziente subisce a livello fisico per effetto dell'attività demolitoria, che abbia eliminato, sebbene a fini terapeutici, parti del corpo ed eventualmente le funzionalità di esse, indipendentemente dalla utilità per la salute del paziente». Nel medesimo senso si colloca Cass. civ., 27 novembre 2015, n. 24220, ove si sottolinea come il diritto all'autodeterminazione sia diverso dal diritto alla salute, con la conseguenza che vanno trattate diversamente le fattispecie in cui il danneggiato lamenta la lesione del primo e/o la lesione del secondo; ne consegue che la responsabilità del sanitario da omissione informativa assume autonomo rilievo nel rapporto contrattuale, a prescindere dalla correttezza o meno del trattamento sanitario eseguito o dalla prova che il danneggiato avrebbe rifiutato l'intervento se adeguatamente informato, risultando il paziente risarcibile per il sol fatto di non essere stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni. Cfr. anche Cass. civ., Sez. III, 20 maggio 2016, n. 10414.

estrinsecazione autodeterministica, a costo di generare voci di danno che si incastonano a fatica nel sistema ristoratorio della responsabilità civile.

Ma ciò può potenzialmente proiettare la relazione con il medico verso una degenerazione autodeterministica, nell'ambito della quale quest'ultimo adopera il consenso informato quale mero strumento di autotutela, orientando le proprie condotte verso paradigmi di medicina difensiva, onde sottrarsi alle ingenti responsabilità configurate dalla giurisprudenza civile. E tale *modus agendi* rischia di inquinare l'auspicabile alleanza terapeutica con un sottinteso e strisciante "obbligo di risultato", spesso alla base delle scelte terapeutiche difensive, pregiudizievoli per la collettività e talvolta anche per le stesse possibilità di guarigione del malato<sup>285</sup>.

Da tutto quanto fin qui osservato, traspare un'eloquente modificazione del modello di rapporto medico paziente; i mutamenti degli ultimi cinquant'anni sembrano aver dissolto dei tratti ontologici perpetuatisi lungo un arco temporale durato circa venticinque secoli, che disperde le sue radici nel mondo greco – romano.

Invero, la seconda metà del secolo XX è connotata dall'abbandono dell'atavico modello paternalistico, in virtù del quale il medico individua unilateralmente gli interventi diagnostici e terapeutici che meglio possono servire alla salvaguardia del paziente, presentando poi gli stessi con informazioni selezionate o addirittura attuandoli senza una preventiva descrizione, nelle situazioni connotate da maggiore urgenza o gravità; e ciò assumendo l'identificabilità di criteri oggettivi per la determinazione di ciò che è meglio per il paziente, sì da minimizzare la sua partecipazione<sup>286</sup>.

---

<sup>285</sup> Trib. Milano, Sez. I, 17 luglio 2014.

<sup>286</sup> A. G. SPAGNOLO, *La relazione medico paziente nella sanità aziendalizzata*, in AA.VV., *Etica e giustizia in sanità. Questioni generali, aspetti metodologici e organizzativi*, Milano, 2004, 121 – 154; L. MALERBA, *Il rapporto medico – paziente*, cit., 52 ss.; R. DELL'ORO, *Il rapporto medico – paziente: una descrizione fenomenologica*, in M. GENSABELLA FURNARI, *Alle frontiere della vita. Eutanasia ed*

Difatti, la necessità di preservare la persona del paziente dalle ingerenze esterne produce la gemmazione del modello informativo, fondato sull'interazione col paziente stesso, che serve al medico per fornirgli tutte le informazioni relative alla diagnosi, alle terapie, ai rischi connessi, per poi procedere all'attuazione degli stessi sulla base del consenso eventualmente rilasciato. Tale modello si fonda sulla considerazione che, in ordine al trattamento sanitario, i fatti siano strettamente distinti dai valori, e non vi sia spazio per l'estrinsecazione dei valori del medico, quanto piuttosto per l'espressione di quelli del paziente, attraverso un'accentuazione del profilo contrattuale del rapporto che si instaura tra i due<sup>287</sup>.

E, ancora, la necessità di lasciare da parte il paternalismo medico sembra trovare conferma anche nei più recenti movimenti del legislatore. Emblematica, al riguardo, può considerarsi l'innovazione apportata alla materia della responsabilità medica dall'art. 3, L. 189/2012, che, attraverso il riferimento alle linee – guida, ipostatizza un modello di medico attento al sapere scientifico, ma anche rispettoso delle direttive formatesi sulla base delle prove di affidabilità diagnostica e terapeutica e, soprattutto, immune da tentazioni personalistiche e inibito nella sua iniziativa sperimentale e nel suo avventurismo terapeutico<sup>288</sup>. Un modello di medico che senz'altro

---

*etica del morire* vol. 2, Catanzaro, 2001, 1 – 12; R. ANDORNO, *Criticità del rapporto medico – paziente*, cit., 71 – 72.

<sup>287</sup> E. SGRECCIA, *L'etica del rapporto medico paziente*, cit., 24 – 27, ove si osserva che il medico deve fornire questa informazione rivestendo la posizione di tecnico esperto della materia; dunque, è tenuto a mantenere aggiornata la sua competenza ed a consultare anche altri esperti ove ciò si renda necessario per fornire al paziente un'informazione quanto più possibile completa.

<sup>288</sup> Cass. pen., Sez. IV, 9 aprile 2013, n. 16237, con la quale gli ermellini precisano ulteriormente che «con la fissazione delle linee – guida si tenta di oggettivare determinazioni e valutazioni del medico, sottraendole al suo incontrollato soggettivismo, in ottemperanza alle istanze di determinatezza che, oltre a risultare generale prerogativa dell'intero ordinamento penale, permeano con particolare intensità il settore sanitario, in virtù del coinvolgimento di valori particolarmente rilevanti». Ciò nondimeno, «le linee-guida (a differenza dei “protocolli”) non indicano un'analitica ed automatica successione di adempimenti, ma pongono solo direttive generali e di massima, che vanno necessariamente adattate alle particolarità del caso concreto

contribuisce in misura meno intensa all'avanzamento scientifico<sup>289</sup> ma che, nel contempo, non si presta alle derive sperimentali autoritarie degli inizi del secolo XX.

E ancor di più la successiva riforma attuata con L. n. 24/2017, il cui obiettivo di fondo è quello di garantire la sicurezza delle cure attraverso due punti cardine: aumentare le garanzie e tutele per gli esercenti le professioni sanitarie, incidendo in maniera significativa sulla disciplina giuridica che ha determinato l'iperprotezione del paziente; assicurare al paziente la possibilità di essere risarcito in tempi brevi e certi per gli eventuali danni subiti. A tale scopo il legislatore, con l'art. 5 della legge summenzionata, ha codificato una procedura di accreditamento delle linee guida che devono orientare l'attività sanitaria, demandando tale compito ad una serie di enti individuati con decreto del Ministro della salute. Con il successivo art. 6 ha inserito nel codice penale un nuovo art. 590 sexies c.p., a tenore del quale «*se i fatti di cui agli articoli. 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria si applicano le pene ivi previste (...)*» ma, «*qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la*

---

Quindi, il professionista dovrà applicare queste direttive generali senza automatismi, ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun caso clinico, ben potendo addirittura dover derogare alle stesse per fronteggiare le particolari contingenze che gli si presentino nello sviluppo della patologia», sicché residua comunque al medico un apprezzabile margine di discrezionalità; Cass. pen., Sez. IV, 20 gennaio 2014, n. 2347; Cass. pen., Sez. IV, 17 novembre 2014, n. 47289; Cass. civ., Sez. III, 27 marzo 2015, n. 6243; Cass. pen., Sez. IV, 16 novembre 2015, n. 45527. Cfr. anche A. DE SANTIS, *Portata operativa dell'art. 3, L. 189/2012: il concetto di "colpa lieve" secondo Cass. pen., n. 16237/2013*, in *Spiaaldiritto*, 10/2013, da [www.spiaaldiritto.it](http://www.spiaaldiritto.it) (accesso del 02 – 12 – 2015); M. GORGONI, *Colpa lieve per inosservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 1, 2015, 173 ss.; C. PEZZIMENTI, *La responsabilità penale tra linee guida e colpa "non lieve". Un'analisi critica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2015, 311 ss.; M. PALADINI, *Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella cd. legge Balduzzi*, in *Danno e responsabilità*, 10, 2015, 881 ss.

<sup>289</sup> Sul punto, Trib. Milano, ordinanza 21 marzo 2013, con la quale i giudici milanesi lamentano l'incostituzionalità dell'art. 3, L. 189/2012, evidenziando, tra le varie censure, la violazione dell'art. 33 Cost., nella misura in cui la norma produce un risultato che, atrofizzando l'operato del medico, rischia di burocratizzare le sue scelte e, quindi, di avvilire il progresso scientifico.

*punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto»<sup>290</sup>.*

Chiaramente, il passaggio ad una medicina di impostazione contrattualista, sebbene fondamentale sotto il profilo della tutela del paziente, produce una “crisi di fiducia”, posto che ogni cosa è concordata e descritta tra soggetti autonomi e collocati in posizione paritaria, con il rischio di diluire i benefici potenzialmente riconducibili all’instaurazione di una relazione asimmetrica e di ridurre l’atto medico ad una semplice esecuzione – adeguata sotto il profilo tecnico – scientifico – delle richieste espresse dal paziente, con l’unico limite della coscienza del sanitario<sup>291</sup>.

Inoltre, questo modello non regge ad una più accurata riflessione filosofica, posto che il concetto di assoluta autonomia presuppone che nell’individuo sussistano conoscenze e valori immutabili, mentre è noto che la riflessione può condurre l’uomo a revisionare i propri desideri, sulla scorta di un

---

<sup>290</sup> Tuttavia, anche tale ultimo intervento legislativo non sembra aver centrato a pieno l’obiettivo di debellare la piaga della medicina difensiva. Cfr., sul punto, Cass. pen., Sez. IV, 7 giugno 2017, n. 28187; A. DE SANTIS, *La responsabilità penale medica ed il rapporto con il paziente alla luce della Legge Gelli-Bianco: storia di una difficile relazione*, in *Studium iuris*, in corso di pubblicazione...

<sup>291</sup> A. FICORILLI, *La relazione di fiducia. Un approccio bioetico alle questioni di cura*, Firenze, 2014, 46 ss. L’autore ritiene che il fidarsi e l’essere meritevoli di fiducia risultano aspetti fondamentali della relazione medico – paziente sotto due profili: in primo luogo, in quanto la cura richiede l’impiego di conoscenze scientifiche avanzate e di informazioni di cui il paziente, di regola, non dispone, sicché si instaura una relazione asimmetrica per il funzionamento della quale è fondamentale la fiducia riposta nel medico; in seconda battuta, in quanto le soluzioni poste in atto dal medico presentano un’inevitabile natura probabilistica, legata alla personale anamnesi del paziente, il quale si trova sottoposto al potere discrezionale del primo. Da ciò consegue la qualificabilità della relazione di fiducia quale elemento costitutivo per il raggiungimento dei risultati sottesi al rapporto medico – paziente. Cfr. anche M. TALLACCHINI, F. TERRAGNI, *Le biotecnologie. Aspetti etici, sociali e ambientali*, Milano, 2004, 11 – 13, ove si declina il modello informativo del rapporto medico paziente nei tre sottomodelli contrattualistico, utilitaristico e dell’alleanza terapeutica.

processo nel quale l'intervento di persone qualificate può essere di grande aiuto. Su tale piattaforma di critiche si innesta la nascita del modello interpretativo, nell'ambito del quale il medico assume l'incarico di aiutare il paziente a riflettere sui valori coinvolti dal suo itinerario diagnostico e terapeutico, scegliendo gli interventi che maggiormente si pongano in linea, oltre che con le sue esigenze sanitarie, con il complesso di tasselli che compone il suo mosaico culturale. Il tutto però con il rischio che l'intervento medico acquisti una pulsione direttiva eccessivamente intensa, anche in virtù della scarsa preparazione nella materia del *counseling*, con la conseguente epurazione della capacità di giudizio del paziente<sup>292</sup>.

Pertanto, quale evoluzione del modello interpretativo che tenta di colmarne i difetti, è venuto via via ad elaborarsi il modello condiviso – deliberatorio, senz'altro in linea con le direttive elaborate dalla giurisprudenza di legittimità; modello in base al quale la scelta del trattamento è condivisa dal medico e dal paziente, rappresentando l'esito dello svolgersi di una relazione ispirata alla comunicazione, all'informazione, all'ascolto ed al silenzio, lungo un cammino morale nel quale il medico è tenuto a

---

<sup>292</sup> E. SGRECCIA, *L'etica del rapporto medico paziente*, cit., 24 – 27; cfr. anche A. ACCATTATI, *La posizione di garanzia del medico*, cit., 69 – 72; F. PENSA, *Il diritto all'autodeterminazione del paziente. La rivoluzione del rapporto medico – paziente*, in M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *Il testamento biologico, verso una proposta di legge*, Milano, 2007, 60 – 63, sottolineando l'attuale tendenza verso un'alleanza terapeutica tra medico e paziente, nell'ambito della quale il primo abbandona la sua tradizionale posizione di supremazia paternalistica ed il secondo subisce di cessare passivamente le decisioni altrui, per divenire egli stesso protagonista delle scelte che riguardano la sua salute, dopo uno scambio di informazioni con il sanitario; G. ANGELICI, *La nozione di autonomia: fondamenti*, cit., 128 – 129; A. SAVIGNANO, *Il rapporto medico – paziente*, cit., 181 – 184, ove si afferma che, nel rapporto tra medico e malato, non è sufficiente attuare il principio di beneficenza e rispettare quello di autonomia, bensì coniugarli con l'imperativo di giustizia, in modo che si configuri una struttura triangolare i cui vertici sono costituiti dal medico, dal malato e dalla società.



coadiuvare il paziente nell'esame dei valori coinvolti, alla stregua di un maestro o di un fratello maggiore<sup>293</sup>.

Tuttavia, nelle più recenti prese di posizione della giurisprudenza di legittimità, cui sopra si è fatto riferimento<sup>294</sup>, si rivela la propensione verso la dilatazione dell'obbligo informativo gravante sul medico, nonché l'assoluta esaltazione della libertà di autodeterminazione del paziente quale valore autoreferenziale, la cui lesione riflette l'immagine del danno – conseguenza, con ciò forse proiettandosi il rapporto oggetto di esame verso i nuovi orizzonti del cd. “modello ponderato”, inteso quale rivalutazione del principio di autonomia in ottica autodeterministica; modello nell'ambito del quale il paziente, dopo aver ricevuto un'informazione quanto più possibile dettagliata sulla sua condizione clinica e sulle alternative terapeutiche, assume in piena autonomia una scelta che il professionista potrà soltanto mettere in atto, così rievocandosi una logica prettamente informativa e schiettamente contrattualista.

---

<sup>293</sup> M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *La parola al paziente*, cit., 32 ss., ove si declinano gli elementi fondamentali del modello condiviso: l'informazione è lo strumento che consente di attenuare la disegualianza conoscitiva che caratterizza il convegno clinico; dopo questo trapasso unilaterale di conoscenze si inserisce il momento della comunicazione, attraverso la quale i due protagonisti di questo incontro umano si scambiano impressioni, ansie, dubbi, opinioni; terzo elemento è quello dell'ascolto, attraverso il quale il medico percepisce i bisogni, le aspirazioni ed i valori del paziente che ha di fronte, al fine di personalizzare e umanizzare il trattamento sanitario; ultimo tratto saliente è quello del silenzio, in quanto è fondamentale non esigere che il paziente decida subito, offrendo allo stesso un intervallo temporale per potersi rasserenare, nonché consigliarsi con familiari ed amici, per poi assumere una scelta ponderata e razionale. Cfr. anche C. L. CAZZULLO, *Evoluzione della relazione medico – paziente in psichiatria*, in *La cà granda*, anno XLIII, n. 1; E. SGRECCIA, *L'etica del rapporto medico paziente*, cit., 24 – 27; S. GREGORY, *Medico – paziente: un rapporto in crisi*, cit.; M. TALLACCHINI, F. TERRAGNI, *Le biotecnologie. Aspetti etici, sociali e ambientali*, Milano, 2004, 11 – 13, ove si evidenzia come questo modello valorizzi l'autonomia del paziente senza assolutizzarla, preveda che vi sia un'informazione corretta, esauriente e personalizzata e richieda che il terapeuta non solo abbia le necessarie conoscenze tecno – scientifiche, ma anche adeguate capacità psicologiche e relazionali che gli consentano di prendere in carico il paziente.

<sup>294</sup> Cass. civ., Sez. III, 13 febbraio 2015, n. 2854; Cass. civ., Sez. III, 12 giugno 2015, n. 12205; Cass. civ., Sez. III, 30 giugno 2015, n. 13328; Cass. civ., Sez. III, 29 settembre 2015, n. 19212.

La differenza rispetto al modello condiviso è netta, poiché nell'ambito di quest'ultimo il medico fornisce un apporto fondamentale alla scelta finale, evidenziando quali interventi ritiene maggiormente convenienti; al contrario, nel modello ponderato si assiste ad una dissipazione di questa eguaglianza di poteri e responsabilità, in una significativa magnificazione dell'autodeterminazione del paziente che va a sgravare non poco la posizione del medico<sup>295</sup>.

Del resto, depongono chiaramente nel senso del potenziamento dell'autodeterminazione del paziente, non solo la più recente giurisprudenza, ma anche fattori ulteriori quali il progressivo innalzamento del livello culturale medio, l'avanzamento tecnologico e la più agevole accessibilità a conoscenze specialistiche, nonché la centralità sempre maggiore che la persona va assumendo nel panorama sovranazionale.

In realtà, il raggiungimento di questo nuovo stadio relazionale ben potrebbe rimanere su di un piano puramente utopico, attesa l'incolmabilità dell'asimmetria informativa che intercorre tra medico e paziente e l'inesigibilità dal medico, in quanto esperto conoscitore della materia, di un comportamento puramente informativo.

Ma, d'altra parte, è ben difficile incasellare questo complesso rapporto entro schemi preconfezionati, sicché già allo stato attuale potrebbe

---

<sup>295</sup> M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *La parola al paziente*, cit., 32 ss., ove si osserva che, quanto più si valorizza l'autodeterminazione del paziente, tanto più si restringe l'ambito operativo della responsabilità del medico relativamente alla scelta del trattamento sanitario. Un esempio può chiarire la differenza: nel modello condiviso il medico risponde della correttezza e completezza dell'informazione, della corretta esecuzione dell'intervento e altresì della scelta sanitaria effettuata tra le tante possibili, avendo contribuito alla sua definizione; diversamente, nel modello ponderato, il medico risulta sgravato di tale ultima forma di responsabilità, posto che la scelta del trattamento risulta assoggettata unicamente alla volontà del paziente, in qualità di unico arbitro della sua integrità psico – fisica. Cfr. anche F. BENINCASA, *Partnership e fiducia nella relazione medico – paziente*, in *Psychomedia*, da [www.psychimedia.it](http://www.psychimedia.it) (accesso del 02 – 12 – 2015), il quale propone un modello che ammette l'integrale devoluzione della scelta al paziente, ma reputa inesigibile la pretesa che il professionista si astenga da ogni personale esternazione.

ipotizzarsi una coesistenza tra i due moduli relazionali, nell'ambito della quale la prevalenza dell'uno o dell'altro dipende dall'imponderabile individualità di ciascun partecipante.

Quale che sia il modello che concretamente trova attuazione, non può non rilevarsi come, di recente, l'arte medica stia attraversando una "crisi evolutiva", atteso che da un lato, grazie al progresso delle tecnologie, contribuisce sempre più al prolungamento della vita, dall'altro, si trova a confrontarsi con problematiche nuove, quali la qualità della vita, l'assistenza dell'ammalato incapace e tutte le ulteriori questioni poste dalla moderna bioetica. Seguendo questa spinta evolutiva la medicina moderna avverte con crescente pressione l'esigenza di allargare i propri orizzonti per affondare le radici nel territorio delle altre scienze, rifiutando una cura settoriale che vede l'uomo quale entità puramente fisica. La condizione umana, piuttosto, va valutata in tutta la sua globalità, tenendo in adeguata considerazione tutte le sue componenti corporali, emotive, sentimentali e comunque trascendenti che, nella loro inestricabile complessità, costituiscono l'essere umano.

I lumi della scienza non vanno spenti ma resi anzi più vividi, così che «illuminino in un "insieme" che sia autenticamente scientifico tutti i "pascoli dell'essere" aperti all'umanità»; e ciò tentando nuove alleanze non solo con le altre scienze che automaticamente si sposano alla medicina (ad es. la fisica, la chimica, la matematica), ma anche con le "scienze dell'uomo", che si collocano sul terreno della trascendenza e dell'immanenza<sup>296</sup>.

In questo nuovo contesto, la scienza tende sempre più a penetrare nell'impianto costituzionale, attraverso il viatico dell'art. 32 Cost., in considerazione, peraltro, della capillare presenza della scienza stessa nella

---

<sup>296</sup> P. FRANZINI, *Pensare la medicina*, cit., 53 – 54; A. ACCATTATI, *La posizione di garanzia del medico*, cit., 70 – 71.

vita quotidiana e della dipendenza tecnologica che ha plasmato le società contemporanee.

Pare infatti auspicabile l'adesione alla ricostruzione per la quale proprio la scienza, nel suo carattere multiforme ed interdisciplinare, ha il compito di riempire di significato l'art. 32 Cost., sì da elevarsi al rango di parametro costituzionale interposto e condizionare la legittimità della legge. In tale ottica interpretativa, pienamente in linea con l'attuale conformazione del tessuto sociale, ogni provvedimento legislativo che si ponga in contrasto con le recenti acquisizioni scientifiche può potenzialmente essere dichiarato incostituzionale, palesandosi un contrasto con il surriferito art. 32 Cost. E, nel contempo, anche il giudice dovrà riempire i propri giudizi con i dati scientifici tratti dall'osservazione empirica, ma ciò pur sempre con la precisazione che le risultanze della scienza non possono costituire un dettame da seguire acriticamente, ma devono rappresentare un valore conoscitivo aggiunto di cui tener conto nell'esercizio delle rispettive attribuzioni.

Dunque, se da un lato la scienza non rientra direttamente nella categoria delle fonti del diritto, dall'altro le principali fonti del diritto e della bioetica, ossia leggi e sentenze, possono intervenire nei rispettivi settori di competenza solo tenendo in adeguata considerazione i risultati, pur relativi e dinamici, dell'osservazione scientifica, risultando il biodiritto frutto di un processo deliberativo tendenzialmente plurale e aperto a diverse componenti normative, nessuna delle quali in sé autosufficiente<sup>297</sup>.

In questa direzione sembrano collocarsi anche alcuni recenti e meno recenti arresti della Corte costituzionale, pronta nel recepire questa tendenza

---

<sup>297</sup> C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Trento, 2006, 18 – 19, 199 – 213; C. CASONATO, *Biodiritto: il difficile rapporto tra scienza e legge*, in *Unitn.*, Anno XIII, no. 125, agosto – settembre 2011, da [www.periodicounitn.unitn.it](http://www.periodicounitn.unitn.it) (accesso del 03 – 12 – 2015); F. PUZZO, *Progresso bio – tecnologico, personalismo costituzionale e diritto alla vita*, in AA.VV., *Costituzione, Economia, Globalizzazione*, Napoli, 2013, 923 – 940.

evolutiva. In particolare, già con la sentenza n. 282 del 2002, i giudici della Consulta si erano premurati di precisare che «non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, (...)», sicché nell'esercizio dell'attività legislativa bisogna tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali<sup>298</sup>.

E, in maniera ancor più dirompente la Consulta si è espressa nella più recente pronuncia che ha determinato l'abbattimento del divieto di fecondazione eterologa, dichiarando tale divieto incompatibile con l'art. 32 Cost. (oltre che con gli artt. 2, 3, 31 Cost.). In tale occasione, infatti, i giudici costituzionali hanno sostenuto che l'impossibilità per la coppia di vivere l'esperienza della genitorialità avvalendosi della PMA eterologa e, dunque, degli strumenti più avanzati messi a disposizione dalla scienza medica, impatta inesorabilmente con il surriferito dettato costituzionale, con conseguente illegittimità della disciplina normativa restrittiva<sup>299300</sup>. E

---

<sup>298</sup> Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282.

<sup>299</sup> Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, con la quale il giudice delle leggi: «1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, comma 1, della medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili; 2) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 1, della legge n. 40 del 2004, limitatamente alle parole "in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3"; dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 3, della legge n. 40 del 2004, limitatamente alle parole "in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3"; dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 12, comma 1, della legge n. 40 del 2004, nei limiti di cui in motivazione». Cfr. A. DE SANTIS, *La fecondazione eterologa nel quadro legislativo*, cit., 253 – 260.

<sup>300</sup> Nella stessa visuale prospettica sembra collocarsi anche Corte. Cost., 5 giugno 2015, n. 96, che contribuisce al processo di smantellamento della L. n. 40/2004, dichiarando l'incostituzionalità degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194, accertate da apposite strutture pubbliche. E ciò evidenziando anche la violazione dell'art. 32 Cost., nella

ciò senza che tale divieto si configuri quale mezzo ineludibile adoperato dal legislatore per salvaguardare ulteriori interessi di pari rango, attesa l'opacità e l'assenza di fondatezza tecno – scientifica degli interessi contrari invocati a sostegno dello stesso.

Di non minor rilievo, infine, sono le aperture recentemente fatte registrare dalla giurisprudenza di legittimità circa il ruolo assunto dal sapere scientifico nel diritto penale. Al riguardo, la Corte di cassazione, occupandosi del noto “caso Thyssenkrupp” e, dunque, di responsabilità penale colposa, ha avuto modo di puntualizzare che «si rende necessaria una integrazione continua delle regole cautelari da adottare nello svolgimento di attività rischiose, attraverso le indicazioni provenienti dal sapere scientifico e tecnologico, sapere in continua evoluzione che reca il vero nucleo attualizzato della disciplina prevenzionistica». In tal modo, le norme di cautela che disciplinano lo svolgimento delle attività rischiose, tra le quali campeggia l'attività medico – chirurgica, fungono da valvola di collegamento con il tessuto scientifico, recependo in maniera continuativa le oscillazioni ed evoluzioni che all'interno dello stesso si manifestano, in guisa tale da orientare l'attività degli operatori professionali e, allo stesso tempo, il giudizio della magistratura. Del resto, la scienza e la tecnologia rappresentano le uniche fonti certe, controllabili ed affidabili, che consentono al giudice di operare come consumatore e non produttore di leggi scientifiche, così conferendo determinatezza alla fattispecie colposa<sup>301</sup>.

---

misura in cui non si consente alla donna di avvalersi della tecnica scientifica della diagnosi preimpianto onde accertare processi patologici relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che possano determinare un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna ed eventualmente evitare l'impianto stesso; pericolo ulteriormente incrementato ove la donna, in un momento successivo all'impianto, assuma la decisione di abortire.

<sup>301</sup> Cass. pen., Sez. Un., 18 settembre 2014, n. 38343; A. DE SANTIS, *Il sigillo delle Sezioni Unite sul caso Thyssenkrupp*, in *Altalex – Esami e concorsi*, 1, 2015, 199 ss., ove si precisa che ci si trova dinanzi ad un «fenomeno di autonormazione, espressione

Con queste considerazioni, senz'altro aperte a nuove e repentine evoluzioni, si conclude la riflessione secolare sui tratti caratteristici della relazione tra paziente e medico, riflessione descrivibile quale sorta di parabola che esita nella collocazione della persona al centro dell'universo giuridico. Il quadro globale odierno è quello di una compenetrazione continua tra diritto, giurisprudenza e scienza, nel quale si iscrive un rapporto medico paziente, senz'altro connotato da maggiore spersonalizzazione e dallo sbiadimento della tensione fiduciaria, ma nell'ambito del quale il sapere scientifico assume il ruolo di ineliminabile strumento di estrinsecazione della persona. E in questo quadro deve necessariamente collocarsi l'indagine relativa all'efficienza degli strumenti normativi di tutela delle persone deboli attivabili nell'ordinamento italiano.

---

che esprime la necessità di un continuo autoadeguamento delle misure di sicurezza alle condizioni delle lavorazioni, di talché l'obbligo giuridico nascente dall'attualizzata considerazione dell'accreditato sapere scientifico e tecnologico è talmente pregnante che è sicuramente destinato a prevalere su quello eventualmente derivante da una disciplina legale incompleta o non aggiornata».





## **Capitolo II: L'imperativo morale di tutela delle persone deboli nelle declinazioni giuridiche del quadro normativo italiano**

### ***2.1. Incapacità e autodeterminazione: il radicamento nel mondo dei viventi***

La posizione particolare che l'uomo assume in seno alla natura poggia sulla circostanza che egli, in qualità di "persona", è l'unico essere capace di assumersi una responsabilità nel cosmo ed in grado di rispondere delle conseguenze delle proprie azioni. E detta posizione non dipende dalla sua appartenenza ad una determinata specie biologica, quanto, piuttosto, dalla coscienza morale che ne caratterizza l'essenza, che lo rende in grado di determinare in modo razionale le proprie scelte e che lo rende suscettibile di apprezzamento o di biasimo<sup>1</sup>.

Dunque, la collocazione di ciascun essere umano nella categoria ontologica delle "persone" sembra imporre il riconoscimento allo stesso della facoltà di vivere autodeterministicamente la propria esistenza e, più specificamente, di orientare le scelte destinate ad incidere sulla sua corporeità ed integrità psico – fisica lungo direttive che ricalcano i binari della sua essenza valoriale.

Detta considerazione costituisce un precipitato dell'imprescindibile principio di dignità umana, intesa quale condizione di nobiltà ontologica e morale in cui ciascun essere umano è posto per il sol fatto di essere uomo e di esistere in quanto individuo unico ed irripetibile, nonché in quanto

---

<sup>1</sup> M. ARAMINI, *Introduzione alla bioetica*, Milano, 2009, 99 ss., il quale puntualizza altresì che la facoltà morale della persona è un elemento qualitativo non intaccato dal possesso di segni moralmente rilevanti, ma anche che, alla rivendicazione incondizionata avanzata dall'uomo in quanto essere "personale" corrisponde un valore specifico proprio dei singoli esseri viventi, il che impone all'uomo di evitare ogni forma di arbitrio nei confronti di tali esseri, regolando il proprio operato in modo tale da tenere in adeguata considerazione anche il benessere degli animali e delle specie vegetali.

*animal rationale* che occupa una posizione privilegiata nell'universo. Invero, se da un lato il concetto della dignità umana è sviluppato dalla dottrina dei Padri della Chiesa in virtù del radicamento di un'idea di uomo come *imago dei*, onorata di un valore trascendente, dall'altro, con l'affermarsi del giusnaturalismo moderno, si inizia a spiegare il fondamento di tale concetto partendo dalla libertà che contraddistingue l'essere umano e che gli consente di autoregolare il proprio agire e di sottomettersi alle leggi che egli stesso si dà<sup>2</sup>.

E in questa accezione, frutto di un'osmosi tra il valore dell'uguaglianza e quello della libertà, la dignità si consacra quale lascito del costituzionalismo del dopoguerra, figlio di un Novecento tragico che apre l'era del rapporto tra persona, scienza e tecnologia<sup>3</sup>; in questa accezione travalica i confini nazionali, trovando recepimento all'interno dell'art. 1

---

<sup>2</sup> T. PASQUINO, *Dignità della persona e diritti del malato*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. III, Milano, 2011, 543 – 544. Il tutto, precisando che la dignità, ove intesa nel suo primo senso, legandosi alla mera esistenza dell'individuo, si configura quale valore assoluto ed immanente, mentre nel secondo senso, che rapporta l'uomo ad un determinato contesto sociale, quale valore relativo e transeunte.

<sup>3</sup> S. RODOTÀ, *La rivoluzione della dignità*, Napoli, 2013, 14 – 15. Circa i limiti costituzionali alla libertà scientifica e le influenze sovranazionali, L. CHIEFFI, *Ambiti di tutela costituzionale e sviluppi interpretativi del diritto del malato al governo del proprio corpo*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013, 49 – 61. Circa la caratterizzazione dell'esperienza europea rispetto a quella nord – americana, F. CEMBRANI, *La dignità umana come “misura della relazione di cura (e ... sulla necessità di dare ad essa uno statuto post – metafisico ... sostanzialmente umano)*, in *Riv. it. med. leg.*, 1, 2015, 11 ss., il quale specifica che la tradizione europea ha privilegiato la dimensione sociale (o oggettiva) della dignità e, dunque, la ricerca delle possibili relazioni tra i valori collettivi da proteggere ed i diritti individuali da riconoscere; al contrario nella tradizione costituzionale nord-americana la *dignity*, ha una dimensione sostanzialmente individuale (o soggettiva), nella quale trova fondamento il diritto alla privacy, e tutela la capacità di scelta del singolo inteso come entità slegata rispetto dal contesto sociale.

della Dichiarazione dei diritti dell'uomo<sup>4</sup> e, più recentemente, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>5</sup>.

Pertanto, in un siffatto quadro valoriale, non può incorrersi nell'errore di riconoscere dignità e diritti fondamentali solo all'essere umano autocosciente, capace di progettare il proprio futuro e di porsi in relazione con gli altri, ma prende corpo un inderogabile impegno statale alla predisposizione di strumenti che consentano anche alle persone che si trovano in stato di debolezza, di incoscienza o, addirittura, in stato vegetativo, di autodeterminare la propria esistenza, seppur con gli specifici limiti forzosamente derivanti da tale stato.

Invero, la persona non può essere considerata soltanto nella sua, pur irrinunciabile, accezione biologica; al contrario, va tenuta in adeguata considerazione anche la dimensione psicologica, concentrata sugli stati di coscienza e, ancor più, la dimensione morale, che rinviene il suo nucleo fondante nella formulazione kantiana della persona fine a se stessa<sup>6</sup>.

Ma, soprattutto, affrontando con superficialità la ricostruzione della volontà degli incapaci si correrebbe il rischio di costruire delle “non persone”, spogliate del proprio statuto ontologico e della cui vita diverrebbe possibile disporre nell'interesse della società o in nome di una presunta attitudine benefica nei loro confronti<sup>7</sup>.

D'altra parte, la stessa nozione di eguaglianza universale che si colloca a fondamento dell'invenzione illuministica dei diritti fondamentali si basa sul riconoscimento empatico del corpo delle altre persone e del potere delle stesse di disporre autodeterministicamente. Il corpo costituisce infatti una

---

<sup>4</sup> Detta disposizione recita: «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza».

<sup>5</sup> Il cui art. 1 recita: «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata».

<sup>6</sup> M. ARAMINI, *Introduzione alla bioetica*, cit., 96.

<sup>7</sup> P. SINGER, *Scritti su una vita etica Le idee che hanno messo in discussione la nostra morale*, Milano, 2004, 149.

porta di accesso al mondo e la sua immediata visibilità costituisce una rappresentazione dell'umanità tutta, sicché la perdita pubblica del controllo del proprio corpo costituisce inevitabilmente una delle più gravi forme di mortificazione che possano essere inflitte ad un essere umano<sup>8</sup>.

Proprio dinanzi a tali situazioni critiche, invece, si impone il dovere di trattare la persona quale oggetto di solidarietà, piuttosto che di potere, e di rispettarla nella sua integrità, onde mantenersi al riparo dall'inumano riduzionismo che ha tristemente caratterizzato i primi decenni del ventesimo secolo, legittimando le violenze perpetrate dai regimi totalitari ai danni di ebrei, rom, omosessuali e dissidenti politici, attraverso una radicale negazione del carattere sacro della persona umana<sup>9</sup>.

Non si può infatti certamente sostenere che la perdita della capacità di intendere e di volere, potenzialmente dovuta alle più svariate contingenze, modifichi lo status del cittadino, o rappresenti qualcosa di analogo alla perdita delle capacità professionali che giustificano un ruolo. Infatti, mentre senza la capacità professionale viene meno il ruolo perché la qualità della prestazione è criterio di attribuzione dello stesso<sup>10</sup>, la perdita della capacità di manifestare il consenso ad un determinato trattamento non traghetta l'essere umano al di fuori della categoria dell'*homo dignus*, prospettandosi

---

<sup>8</sup> V. OTTONELLI, *Il corpo come soggetto di diritti*, in *Il Mulino*, 4, 2017, 547 – 549, ove si osserva che Immanuel Kant aveva in mente proprio questa dimensione simbolica nella sua riflessione sull'inaccettabilità delle pene corporali sfiguranti o bestiali, come il taglio del naso o lo squartamento, tali da mettere in scena una mortificazione del corpo che rappresenta ciò che può essere fatto all'umanità intera.

<sup>9</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, 281 – 283. L'Autore ritiene essenziale, per evitare di sfociare nuovamente in siffatte aberrazioni, «chiedere soccorso alla memoria e non perderla», richiamando esemplificativamente le ultime due terribili righe dell'art. 1 c.c., scritte nel 1939 e cancellate nel 1944, ove si stabiliva che «le limitazioni della capacità giuridica derivanti dall'appartenenza a determinate razze sono stabilite da leggi speciali».

<sup>10</sup> M. MORI, *Manuale di bioetica. Verso una civiltà biomedica secolarizzata*, Firenze, 2011, 319. L'Autore rileva efficacemente, a titolo esemplificativo, che non vi è discriminazione se non si consente a chi non ha la capacità di suonare in modo eccellente di essere il primo violino al teatro della Scala di Milano, posto che il riconoscimento di tale ruolo si fonda imprescindibilmente sul possesso di determinate caratteristiche professionali.

altrimenti un'inaccettabile contraddizione del valore autoreferenziale della dignità umana, che rintraccia nella sua essenza il proprio fondamento.

La “filosofia dell’hitlerismo” è stata oramai sconfitta, depositata nelle macerie del tempo dalla vittoria di una filosofia radicata su valori diametralmente opposti, cristallizzati all’interno di Carte e Dichiarazioni la cui portata supera i confini nazionali e risulta fondata sulla convinzione che anche la vita sofferente e morente è peculiarmente “degnà”: degna di ricevere una cura solidale. D’altra parte, che cosa sia “vita degna” non si può definire in termini generali, adoperando un criterio che funga da metro universale, ma imprescindibile deve restare il giudizio che ognuno formula per la propria vita, nella piena consapevolezza dell’ineliminabile pluralità della condizione umana<sup>11</sup>.

Dette riflessioni si inseriscono in un contesto etico-sociale che ne enfatizza considerevolmente l’attualità, sulla scorta di due ragioni di fondo.

In primo luogo, il progresso tecno – scientifico ha traghettato la vita umana verso orizzonti inesplorati, consentendo di contrastare un numero sempre più elevato di malattie, ma con interventi spesso non risolutivi, tali da curare ma contestualmente cronicizzare la malattia, producendo, da un lato, dei “ritorni alla vita” che hanno del miracoloso e, dall’altro, la comparsa

---

<sup>11</sup> E. D’ANTUONO, *L’accanimento terapeutico. Note per un’analisi delle questioni bioetiche di fine vita*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013, 224 – 225. Circa il rilievo della libertà di autodeterminazione in materia sanitaria nella prospettiva del diritto all’identità personale, R. CATALANO, *Rinuncia e rifiuto della cura nella prospettiva del diritto all’identità personale*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013, 62 – 73, che rimarca con fermezza la necessità di una continua interazione tra il paziente ed il medico, il quale, onde preservare adeguatamente l’identità personale del primo, può addirittura rifiutarsi di praticare un trattamento da lui richiesto ove la scelta sia stata effettuata con anticipo rispetto al momento in cui viene praticato il trattamento stesso e non appaia più attuale in relazione ai desideri, alle aspettative ed all’essenza valoriale del malato, o si palesi non conforme alla dignità umana.

del cd. “stato vegetativo permanente”<sup>12</sup>, nonché di altre variegate situazioni di incoscienza, nelle quali permane la vita biologica ma si volatilizza quella biografica<sup>13</sup>. In un siffatto contesto, la morte non è più il momento in cui si esala l’ultimo respiro, ma diviene un “processo”, un segmento temporale non quantificabile contrassegnato da bisogni specifici che consentono il profilarsi di interrogativi etici e giuridici inediti<sup>14</sup>. Il tempo del morire si dilata e diviene sempre più governabile dall’uomo, ma è sempre più spesso un tempo vissuto tra degradazione e sofferenza.

Nel medesimo senso depone anche la metabolizzazione e codificazione del consenso informato quale fondamento dell’attività sanitaria, codificazione da cui deriva la necessità di ricostruire detto consenso anche nell’ipotesi in cui l’intervento abbia quale destinatario una persona incapace di intendere e di volere, pena l’illegittimità dello stesso<sup>15</sup>. E ciò in un contesto sociale

---

<sup>12</sup> Con detta espressione si fa tendenzialmente riferimento ad una condizione di apparente vigilanza con totale assenza di funzioni cognitive, prodotta da lesioni gravi ed estese degli emisferi cerebrali, nell’ambito della quale il soggetto mostra un’attività motoria spontanea rudimentale, localizzata prevalentemente ai muscoli del volto, ma nessuna risposta appropriata e comprensibile agli stimoli esterni.

<sup>13</sup> M. ARAMINI, *Introduzione alla bioetica*, cit., 438 – 439, il quale puntualizza che la comparsa del cd. “stato vegetativo” costituisce il risultato non voluto dello sviluppo e della tempestiva applicazione delle moderne tecniche rianimatorie. Cfr. anche S. BARTOLOMMEI, *Corpo e cura di sé alla fine della vita: sulle “dichiarazioni anticipate di trattamento”*, in *Tendenze nuove*, 3, 2006, 305 – 306, il quale precisa che, di regola, i pazienti in SVP hanno la parte superiore del cervello, o corteccia, irreversibilmente distrutta, per cui sono assenti la coscienza e le attività mentali in genere; tuttavia, le parti inferiori, come il tronco, che coordinano le funzioni somatiche dell’organismo, sono ancora funzionanti, posto che il cervello può continuare ad integrare le funzioni dell’organismo anche quando è andata persa la capacità di fungere da sostegno alla coscienza e alla vita riflessiva. Nel contempo, in una situazione caratterizzata dalla perdita irreversibile della coscienza possono cadere molti altri individui, quali, ad esempio i malati oncologici gravi; R. TUFANO, E. DE ROBERTIS, *Il differimento tecnologico della morte*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013; per un approfondimento circa le varie declinazioni dello stato vegetativo permanente, F. CONTALDO, *La nutrizione ai confini della vita. Riflessioni dal caso Terri Schiavo: ovvero tra etica delle comunità ed etica degli individui*, Napoli, 2006, 35 – 38.

<sup>14</sup> A. MACCARO, M. MILITERNI, *Famiglia contemporanea tra biodiritto e bioetica. Interstizi tra prospettive laiche e cristianità*, Napoli, 2016, 129; sul punto, cfr. S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 247 ss.

<sup>15</sup> M. MORI, *Manuale di bioetica*, cit., 318 – 319.

fortemente permeato da una rinnovata sensibilità per l'autonomia personale del paziente, intesa quale valore fondante recepito dai sistemi statali democratici e quale baluardo posto a difesa della persona avverso le aberrazioni drammaticamente portate alla luce dal processo di Norimberga, nonché da una generalizzata maggiore attenzione per la cura della salute, in conseguenza dell'innalzamento complessivo del livello culturale e scientifico.

In un contesto così tratteggiato, ogni decisione relativa ai trattamenti cui sottoporre una persona incapace non può non fondarsi su di un adeguato confronto «con la volontà del paziente, con il suo personalissimo ed insindacabile approccio alla sofferenza e alla vita che si spegne, col patrimonio di “vita buona” consapevolizzata, col suo discernimento cosciente operato alla luce delle proprie idealità e delle proprie peculiari visioni del mondo». Tale primato del rispetto della volontà, infatti, non è da considerare altro che l'affermazione dell'autonomia del malato, consacrata nel mondo sanitario attraverso lo strumento del consenso informato, che ha progressivamente trasformato il rapporto medico paziente da paternalistico a condiviso – deliberatorio<sup>16</sup>. E ciò soprattutto ove si intenda aderire ad una concezione dei diritti soggettivi di matrice “solipsistica” che, incentrandosi sulla tesi liberale del dogma della volontà, tende a nebulizzare il significato sociale della posizione soggettiva riconosciuta, ossia gli effetti che essa dispiega, in termini di pretese, nei riguardi degli altri consociati<sup>17</sup>. In altre

---

<sup>16</sup> P. GIUSTINIANI, *Davvero tutto finito? Riflessioni bioetiche sull'uscita dalla vita umana*, in L. CHIEFFI, P. GIUSTINIANI (a cura di), *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, Torino, 2010, 74 – 75. Si osserva, infatti, che se il consenso è ormai il presupposto legittimante di ogni discussione bioetica attinente alla gestione della salute, è difficile negare che l'autonomia possa e debba trovare applicazione anche nelle decisioni, seppur controverse, di fine vita, pur nella consapevolezza che, dal punto di vista simbolico e valoriale, ciascun paziente non può che corrispondere alle proprie visioni del mondo.

<sup>17</sup> R. MANFRELOTTI, *Autodeterminazione e funzione pubblica. La legge n. 180 del 1978 nella prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, in L. CHIEFFI, P. GIUSTINIANI (a

parole, la posta in gioco è duplice e consiste nel prevenire ingiustificate discriminazioni tra malati capaci e incapaci e, contestualmente, nel connettere il modo di morire (o di rimanere in vita) delle persone con il modo in cui hanno inteso vivere, evitando l'annientamento del senso che ciascuna di esse ha inteso dare alla propria esistenza<sup>18</sup>.

In definitiva, in un contesto valoriale che vieta, salvo ipotesi eccezionali, l'imposizione di cure mediche, se non può configurarsi un dovere giuridicamente rilevante di vivere curandosi, tantomeno può costringersi una persona a vivere, anche solo le ultime ore della propria vita, in condizioni di sofferenza tali da rendergli quel tempo finale una tortura<sup>19</sup>, o, comunque, secondo modalità contrastanti con la propria concezione di umanità, prendendo atto della circostanza che oggetto di questo esame è una sofferenza difficile da misurare, permeata da una ineliminabile soggettività.

Di tali esigenze si è mostrata ben consapevole anche la giurisprudenza italiana. Emblematica, a tal riguardo, deve considerarsi l'epocale sentenza con la quale la Corte di cassazione si è pronunciata sul caso Englaro<sup>20</sup>,

---

cura di), *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, Torino, 2010, 221 – 222.

<sup>18</sup> S. BARTOLOMMEI, *Corpo e cura di sé alla fine della vita*, cit., 308.

<sup>19</sup> P. MORROZZO DELLA ROCCA, *Capacità di volere e rifiuto delle cure*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2014, 387 ss. Tuttavia, secondo l'Autore trattasi pur sempre di un dolore «al fondo oggettivabile, riconoscibile e dunque giuridicamente rilevante perché oggetto di un obbligo di cura che potremmo qui definire come un obbligo non solo di mezzi ma di risultato, corrispondente, sul piano civile, al diritto a non soffrire oltre la soglia del sopportabile». Cfr. anche, G. OPPO, *Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 375 ss. Relativamente al concetto di coscienza umana per la neuroscienza, V. MARZOCCO, *Ai limiti della coscienza. Le neuroscienze rivoluzionano il diritto di fine vita?*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013, 5 – 13.

<sup>20</sup> Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748. In tale arresto giurisprudenziale si ribadisce che il principio del consenso informato è recepito in maniera salda nei precedenti della Corte di cassazione, facendo riferimento a Cass. civ., Sez. III, 25 gennaio 1994, n. 10014; Cass. civ., Sez. III, 15 gennaio 1997, n. 364; Cass. civ., Sez. III, 14 marzo 2006, n. 5444.



ribadendo l'inderogabilità della pratica del consenso libero e informato, che rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi. E, in particolare, secondo i giudici di Piazza Cavour, il principio del consenso informato, che rinviene un aggancio costituzionale negli artt. 2, 13 e 32 della Carta fondamentale, esprime una chiara scelta di valore nel modo di concepire il rapporto tra medico e paziente, nel senso che detto rapporto deve gravitare primariamente intorno ai diritti del paziente ed alla sua libertà di autodeterminazione terapeutica, destinata a prevaricare i doveri del medico. In tale visuale prospettica, il principio in esame ha quale naturale precipitato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare o interrompere la terapia, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale o in quella di incoscienza<sup>21</sup>. Ciò è infatti «conforme al principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del "rispetto della persona umana", in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in

---

<sup>21</sup> Molto interessanti, al riguardo, anche le considerazioni formulate da Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, ove si puntualizza che il consenso informato svolge una «funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione».

considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive»<sup>22</sup>.

Tali principi hanno poi trovato conferma ed ulteriore sviluppo in un più recente arresto giurisprudenziale<sup>23</sup>, con il quale, pronunciandosi ancora una volta sul caso Englaro, il Consiglio di Stato ha fatto propria l'impostazione teorica elaborata dalla Cassazione, puntualizzando altresì che, nella moderna dimensione etico – morale, la cura non è più un principio autoritativo, un'entità astratta, oggettivata, misteriosa o sacra, calata dall'alto, ma deve necessariamente declinarsi «secondo un fondamentale *principium individuationis* che è espressione del valore personalistico tutelato dalla Costituzione, in base ai bisogni, alle richieste, alle aspettative, alla concezione stessa che della vita ha il paziente».

In tale ottica, la decisione terapeutica ha nel consenso informato e nell'autodeterminazione del paziente il suo principio e la sua fine, poiché è il singolo paziente, nella sua essenza ontologica e con la sua dignità umana autoreferenziale, il valore primo ed ultimo che l'intervento medico deve salvaguardare<sup>24</sup>.

Dunque, il messaggio giurisprudenziale appare piuttosto chiaro: la concezione oggettiva e fissa del benessere psico – fisico cede ormai il passo ad una concezione soggettiva e dinamica del diritto alla salute, che si costruisce nella continua e rinnovata dialettica medico – paziente, dialettica

---

<sup>22</sup> Trattasi, d'altronde, come osserva la Corte, di una impostazione teorica coerente con la nuova dimensione del bene giuridico salute, non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza.

<sup>23</sup> Cons. St., Sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460.

<sup>24</sup> Tuttavia, i giudici amministrativi temperano la portata delle loro affermazioni, precisando che ciò non deve comportare «un pericoloso soggettivismo curativo o un relativismo terapeutico nel quale è “cura” tutto ciò che il singolo malato vuole o crede», perché nel modello dell'alleanza terapeutica mantiene carattere di centralità il ruolo del medico, tenuto, in ossequio al principio di solidarietà, ad accompagnare il paziente lungo il suo itinerario curativo guidandolo nel bilanciamento dei valori e delle scelte, bilanciamento non suscettibile di una preventiva oggettivazione.

che va mantenuta, sebbene necessariamente in forme surrogate, anche allorquando quest'ultimo sia caduto in stato di incoscienza, pena la negazione del suo status di essere umano, del suo radicamento nel mondo dei viventi<sup>25</sup>.

In tali drammatiche situazioni, l'autodeterminazione diviene l'esito di una proiezione nel futuro dell'insieme di considerazioni accumulate nel corso della vita dal paziente, senz'altro «irriducibili a una sorta di minimo comune denominatore costituito da valutazioni mediche più o meno probabilistiche»<sup>26</sup>.

### **2.1.1. Gestione del fine vita e testamento biologico**

La riflessione di cui sopra acquista profondità e complessità ancora maggiori ove intercetta la tematica dell'eutanasia, termine idoneo a racchiudere, a ben vedere, realtà eterogenee<sup>27</sup>.

Invero, con l'espressione "eutanasia attiva" si fa riferimento ad un comportamento attivo, eventualmente ascrivibile al medico, il cui effetto è

---

<sup>25</sup> Quanto all'evoluzione del concetto di salute, è interessante la riflessione di R. MARCHESINI, *Bioetica e Biotecnologie. Questioni morali nell'era biotech*, Bologna 2002, la quale osserva che «la salute nella nostra concezione attuale si esprime in una esuberanza di vitalità nel culto di parametri fisici, in un tripudio di attività emozionali e cognitive accompagnate paradossalmente da un sempre più urgente bisogno di analgesia, che diviene vera e propria fobia del benché minimo dolore. Tale intolleranza sempre più allarga i suoi confini dal dolore alla sensibilità, mutandosi così da ricerca di analgesia in bisogno di anestesia».

<sup>26</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 278.

<sup>27</sup> E ciò anche in considerazione del mutamento dell'immagine della morte in epoca moderna, magistralmente descritto, da P. ARIES, *L'uomo e la morte dal medioevo ad oggi*, Bari, 1980, il quale osserva che «nel XX secolo la morte ha rimpiazzato il sesso come principale interdizione. Una volta si diceva ai bambini che erano nati sotto un cavolo, ma essi assistevano alla grande scena degli addii nella camera da letto e al capezzale del morente. Oggi i bambini sono iniziati, fin dalla più giovane età alla fisiologia dell'amore e della nascita, ma quando non vedono più il nonno e domandano il perché si risponde loro, in Francia, che è partito per un grande viaggio molto lontano, e, in Inghilterra, che riposa in un bel giardino in cui spunta il caprifoglio. Non sono più i bambini che nascono sotto i cavoli, ma sono i morti che scompaiono tra i fiori».

quello di provocare la morte del malato (ad esempio, la somministrazione di una dose letale di un farmaco)<sup>28</sup>, mentre con il termine “eutanasia passiva” si richiama una condotta omissiva, posta in essere dal soggetto che si astiene dall’intervenire per salvare la vita del malato, con la precisazione, però, che in tale ultimo ambito rilevano anche casi dagli incerti confini, quali la “omissione tramite commissione”, come ad esempio il distacco di un’apparecchiatura salvavita; il tutto, pur sempre con il tendenziale scopo di alleviare le sofferenze del malato stesso<sup>29</sup>.

A tale ultima categoria si ricollega il fenomeno del cd. “rifiuto di cure”, che, in linea generale, ricorre ogni qual volta una persona decide liberamente e consapevolmente di rifiutare un trattamento sanitario

---

<sup>28</sup> S. CORTESE, *Il ruolo della famiglia legittima e di fatto nelle scelte di fine vita del congiunto*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013, 376. L’Autrice puntualizza che la nozione moderna di eutanasia è ascrivibile all’opera filosofica di Bacone, che rinnovando il concetto di buona morte degli antichi, inteso come morte serena e felice, spesso identificata con la morte eroica in battaglia o con la morte naturale in vecchiaia, lo caratterizzava con una nuova sfumatura “pietistica”, delineando lo stesso quale accompagnamento indolore del malato nella fase terminale della vita. Non manca, inoltre, di rimarcare l’attualità della tematica, in un’epoca in cui gli standards tecnologici raggiunti consentono sempre più spesso il mantenimento in vita di individui afflitti da patologie particolarmente gravi o addirittura in “condizioni di morte sospesa”. Cfr. anche AA. VV., *Spunti per un’indagine sull’eutanasia nel mondo antico*, in AA. VV. (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, Torino, 2003, 26. Per una bibliografia sulla questione bioetica dell’eutanasia, M. ARAMINI, *Introduzione alla bioetica*, cit., 409 – 436; M. MORI, *Manuale di bioetica*, cit., 332 – 352; E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica. Volume I. Fondamenti ed etica biomedica*, Milano, 1999, 873 – 919; M. CAVINA, *Andarsene al momento giusto. Culture dell’eutanasia nella storia europea*, Bologna, 2015.

<sup>29</sup> Per una ricostruzione più articolata, D. MINUTELLI, *L’eutanasia ed il suicidio assistito: aspetti etici e giuridici*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013, 320, che distingue l’eutanasia in “propria” ed “impropria”. Alla prima corrisponde l’eutanasia attiva, mentre la seconda espressione ricomprende cinque differenti situazioni: a) l’eutanasia che corrisponde al rifiuto libero e consapevole del paziente di sottoporsi alla terapia necessaria alla sopravvivenza; b) l’eutanasia che corrisponde alla sospensione dell’accanimento terapeutico; c) l’eutanasia lenitiva o indiretta, causata dall’uso di farmaci per trattare i dolori nei malati terminali; d) l’eutanasia eugenetica; e) l’eutanasia passiva, configurabile ove si lascia morire un malato terminale che non è in grado di pronunciarsi circa il prosieguo della sua malattia, sospendendo le cure necessarie alla sua sopravvivenza.

suggeritogli, dopo essere stata esaustivamente informata circa le sue condizioni cliniche e circa la portata ed effetti del trattamento medesimo, nonché circa le conseguenze della sua mancata effettuazione.

Così inteso, il rifiuto di cure non si presenta particolarmente problematico, posto che buona parte della giurisprudenza e della dottrina concorda nel ritenere che l'autodeterminazione del paziente in riferimento alla gestione del proprio itinerario sanitario possa estrinsecarsi anche in tal senso, configurandosi in capo allo stesso un diritto soggettivo perfetto, che rinvia il suo addentellato costituzionale negli artt. 2, 13 e 32 della Carta fondamentale<sup>30</sup>, esprimendo scelte che coinvolgono il mondo dei valori, strettamente legati all'essenza dell'individuo.

Pertanto, l'epicentro del dibattito si è progressivamente spostato su di una particolare tipologia di rifiuto di cure, ossia il "rifiuto di cure salvavita", etichettato anche con il termine di "eutanasia passiva", che ricorre allorché l'omissione del trattamento sanitario suggerito possa condurre all'annientamento della vita dell'interessato.

Invero, se certamente deve considerarsi vietata e sanzionata penalmente, nel nostro quadro ordinamentale, l'eutanasia attiva, circa l'ammissibilità dell'eutanasia passiva si sono confrontati differenti orientamenti.

Al riguardo, può riscontrarsi un'impostazione dottrinale minoritaria che si esprime negativamente circa la legittimità del rifiuto di cure salvavita, richiamando l'etica della sacralità della vita onde sostenere l'assoluta indisponibilità di tale bene da parte dell'essere umano, rimanendo l'interesse individuale completamente assorbito dai prevalenti interessi

---

<sup>30</sup> Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2001, n. 1572; Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748; Cons. St., Sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460; cfr. anche G. CHINÈ, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile. Seconda edizione*, Roma, 2011, 135 – 137; D. MINUTELLI, *L'eutanasia ed il suicidio assistito*, cit., 319 ss.; C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica: il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, 17 ss.; C. CASONATO, F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. III, Milano, 2011, 52 – 54.

pubblicistici che esigono una sua totale salvaguardia<sup>31</sup>. Altra importante argomentazione addotta a sostegno di tale posizione teorica consiste nella circostanza che, ciascun medico, in virtù del posizione professionale rivestita e del rilievo costituzionale dell'attività esercitata, permeata, al fondo, da una sedimentazione ippocratica, risulta titolare di una posizione di garanzia posta a salvaguardia della salute dei pazienti, con la conseguenza che tradirebbe il suo dovere di assistenza ove assecondate la richiesta del malato di non procedere a trattamenti sanitari indispensabili. Il tutto in un quadro normativo caratterizzato dalla presenza dell'art. 579 c.p., che punisce chi cagiona la morte di un uomo con il suo consenso; dall'art. 580 c.p., che sanziona chi, in qualunque modo, agevola o induce taluno a suicidarsi; e dell'art. 5 c.c., che codifica dei puntuali ed invalicabili limiti al potere di disposizione del proprio corpo<sup>32</sup>.

Vi è dunque chi fermamente rivendica un maggior grado di autonomia del medico, sostenendo che anche l'esercizio, da parte del paziente, del diritto di rifiutare le cure, non può comportare la soppressione del diritto – dovere dell'operatore sanitario di effettuare liberamente le proprie scelte a tutela del paziente stesso, alla luce della sua preparazione professionale e rispondendo *in primis* alla propria coscienza; infatti, ove si opinasse in senso contrario, si tramuterebbe il diritto all'autodeterminazione del paziente in un diritto al suicidio assistito, con conseguente illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983, 145 ss.

<sup>32</sup> Per approfondimenti relativi a tale posizione teorica, M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *La parola al paziente. Il consenso informato e il rifiuto delle cure*, Milano, 2008, 121 – 123.

<sup>33</sup> G. CERA, *Medicina difensiva e appropriatezza dei trattamenti in rapporto a nutrizione e idratazione nei malati cronici incapaci di intendere e di volere*, in C. BUCCELLI, *Medico e paziente. Tra medicina difensiva e appropriatezza dei trattamenti*, *Atti del convegno 1 – 2 – 3 dicembre 2011*, Napoli, 2012, 204.

Detta impostazione affonda le sue radici, come innanzi accennato, nell'etica della sacralità della vita, nella qual prospettiva la vita dell'uomo non è che un dono affidatogli in prestito dal Creatore, sicché uccidere significa non solo contravvenire alla giustizia ma anche disonorare il Creatore stesso, tenendo conto altresì della concezione dell'uomo quale *imago dei* e della necessità di salvaguardare la reciproca solidarietà umana<sup>34</sup>.

Del resto, un chiaro giudizio di condanna del suicidio, inteso quale atto di rifiuto della vita, proviene da tutta la sensibilità premoderna e non solo cristiana. Il suo carattere sacrilego è stato ribadito da Platone, che ha considerato il suicidio un atto di insubordinazione alla divinità, nonché da Aristotele, che ne ha rimarcato la viltà e la rilevanza negativa non solo in ottica individuale bensì anche sociale. Ma anche in epoca moderna non è mancato chi si è espresso negativamente circa la moralità di tale gesto. Basti menzionare Immanuel Kant, che ha giudicato l'azione volta a togliersi la vita una mortificazione della signoria morale della persona ed una perdita della specificità di soggetto<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> M. ARAMINI, *Introduzione alla Bioetica*, cit., 113. Tuttavia, anche nell'ottica cristiana, l'adesione alla concezione sacrale della vita e la formulazione incondizionata del quinto comandamento non impedirono la creazione di eccezioni allo stesso, individuabili nella pena di morte, nelle uccisioni in guerra, nell'uccisione del tiranno, nella legittima difesa. Cfr. anche M. CAVINA, *Andarsene al momento giusto*, cit., il quale evidenzia come, ai primi del Seicento, il Fornario, nel suo volume diretto ai confessori, elencava i doveri del medico cristiano e al quarto punto enunciava quello che può esserne considerato un principio di carattere generale, ossia «il dovere di non porre a repentaglio la salute dell'anima eterna in nome della cura del corpo caduco»; infatti, fin dal Concilio Laterano del 1215 la Chiesa aveva imposto al medico di non spingere il malato ad azioni che si ponessero in contrasto con la salvezza dell'anima. Detta impostazione teorica ha ricevuto anche degli autorevoli ma risalenti avalli giurisprudenziali; basti, in tale sede, fare riferimento a Cass. pen., Sez. I, 18 novembre 1954 in *F. it.*, 2, 1955, 151 ss., secondo la quale l'affermazione dell'inviolabilità della vita umana è indispensabile «per la esistenza e lo sviluppo di ogni popolo nella società, dove l'uomo rappresenta una fonte di ricchezza e di forza come elemento riproduttore della specie, come lavoratore, come soldato; sicché la società organizzata giuridicamente nello Stato, nel punire l'omicidio, tutela un diritto suo proprio, oltre a quello dell'individuo».

<sup>35</sup> E. D'ANTUONO, *Bioetica*, Napoli, 2007, 75 – 76, ove si osserva, inoltre, che le cure palliative e l'eutanasia, oltre a negare absolutezza al principio vitalistico che anima la

Su di un versante opposto si attesta la dottrina assolutamente maggioritaria<sup>36</sup> che, pur rimarcando la necessità di un intervento legislativo che dissolva le incertezze in merito, afferma la legittimità del rifiuto di cure salvavita nell'attuale quadro ordinamentale.

Detta impostazione teorica rinviene il suo principale fondamento nel comma 2 dell'art. 32 Cost., che sancisce la regola della volontarietà dei trattamenti sanitari, facendo salva l'eccezione dei trattamenti sanitari obbligatori previsti per legge, senza dettare un particolare regime giuridico per i trattamenti salvifici<sup>37</sup>. In altre parole, secondo la visione attualmente consolidata, il diritto alla salute racchiude la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di lasciarsi morire<sup>38</sup>.

---

medicina classica, liquidano anche la morale del dolorismo, fondata sull'esaltazione della sofferenza quale momento fondamentale del percorso di purificazione dell'anima che ne consente l'ascensione al regno dei cieli.

<sup>36</sup> E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Padova, 2000, 11 ss.; cfr. anche A. VALLINI, *Il valore del rifiuto di cure 'non confermabile' dal paziente*, in *Diritto pubblico*, 1, 2003, 185 – 217; quanto al profilo più squisitamente filosofico, può farsi menzione dell'opinione di M. CHARLESWORTH, *L'etica della vita. I dilemmi della bioetica in una società liberale*, Roma, 1996, 25, il quale afferma che «una persona può esporre se stessa a una morte sicura o “sacrificare” la propria vita (per esempio per salvarne o difenderne un'altra) o rifiutare trattamenti medici in determinate circostanze, sapendo che come conseguenza ne morirà, oppure può direttamente togliersi la vita se pensa che continuare ad esistere sarebbe moralmente privo di senso poiché non sarebbe più un agente morale autonomo capace di rendere la propria vita significativa».

<sup>37</sup> A. D'ALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della “fine della vita”*, in *Politica del diritto*, 4, XXIX, 1998, 610 – 611. Secondo l'Autore, proprio l'insistenza sui requisiti di eccezionalità e tassatività dei trattamenti sanitari obbligatori costituisce una chiara conferma della prevalenza dell'accezione individuale della salute, fondata sulla libertà di autodeterminazione, rispetto all'accezione sociale e collettiva. D'altra parte, l'eventuale costrizione alle cure mediche non può essere strumentale ad una sorta di dovere di curarsi come principio di ordine pubblico o come presupposto dell'adempimento di doveri costituzionali tipici, ma all'esigenza di preservare la salute della generalità dei consociati, cosicché, in definitiva, a venire in rilievo anche nell'interesse collettivo è il profilo individuale.

<sup>38</sup> F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari “non obbligatori” e Costituzione*, in *Dir. e soc.*, 1982, 303 ss.



Né, tantomeno, può invocarsi in senso contrario l'art. 5 c.c., che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità psico – fisica. Invero, sotto questo profilo rileva la differenza intercorrente tra l'eutanasia attiva e l'eutanasia passiva, attraverso la quale il paziente non interviene sul proprio corpo, ma, al contrario, decide di non fare alcunché, ovvero di abbandonarsi al decorso naturale della malattia; sicché, in tale prospettiva, diviene inopportuno anche il richiamo degli artt. 579 e 580 c.p. che incriminano comportamenti positivi rivolti a cagionare la morte di un uomo<sup>39</sup>.

Dunque, pare oggi consolidata una ricostruzione teorica che rinviene le proprie origini nel progressivo sbiadimento dell'etica della sacralità della vita e che lascia spazio ad una differente concezione, la quale conferisce carattere di centralità alla qualità della vita, intesa come benessere e/o come rispetto dell'autonomia delle persone. L'assunzione di tale visuale prospettica dissolve l'assolutezza dei divieti morali di matrice cristiana, attraverso una rilettura filosofica dell'intero *corpus* dell'etica medica, che porta alla luce la sostanziale insussistenza di un “dovere di vivere”<sup>40</sup>. La moralità dell'atto eutanasico viene dunque a dipendere «dalla convinzione che alla vita umana deve poter essere garantita una condizione di benessere valutata come tale da colui che chiede di morire e di morire ha, dunque, diritto»<sup>4142</sup>.

---

<sup>39</sup> M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *La parola al paziente. Il consenso informato e il rifiuto delle cure*, Milano, 2008, 123 – 124.

<sup>40</sup> M. MORI, *Manuale di bioetica*, cit., 58 – 60. Cfr. anche C. A. DEFANTI, *La qualità della vita, le decisioni mediche di fine vita e l'argomento della “deriva nazista” in bioetica*, in *Filosofia politica*, XXIII, 3, 2009, 363 ss., che si occupa specificamente dell'affermazione, consolidatasi durante gli ultimi trent'anni del concetto di “qualità della vita” nel lessico comune.

<sup>41</sup> E. D'ANTUONO, *Bioetica*, cit., 82.

<sup>42</sup> È interessante rilevare come una siffatta convinzione abbia fatto breccia, sebbene attraverso un recepimento moderato, anche nel pensiero di alcuni importanti teologi cattolici. In proposito, può emblematicamente menzionarsi H. KUNG, W. JENS, *Della dignità del morire*, Milano, 1996, ove si osserva che «non possiamo però ignorare che oggi ci sono sempre più uomini e donne che non sopportano più una vita ormai perduta

Il tutto, però, senza perdere di vista il necessario collegamento tra il rifiuto di cure salvifiche e le personalissime convinzioni del malato, la cui obliterazione offirebbe pericolose occasioni di strumentalizzazione dell'atto eutanasico, attraverso politiche sanitarie tese, sulla scia dell'“inganno nazista”, all'eliminazione tutt'altro che “dolce” delle vite dichiarate indegne.

In tale ultimo senso, come già innanzi accennato, sembra esprimersi anche la più avveduta giurisprudenza di legittimità, ferma nel rimarcare, con la sentenza che ha deciso in ordine alla domanda di sospensione del trattamento che manteneva in stato vegetativo permanentemente la giovane Eluana Englaro, l'inconfigurabilità di un generico dovere dell'individuo alla salute, comportante l'obbligo del paziente di non rifiutare cure e terapie che consentano il mantenimento in vita, e nel ribadire l'obbligo del medico di astenersi da ogni attività diagnostica o terapeutica ove manchi il consenso del paziente, anche se tale astensione possa provocare la morte, obbligo che trova conferma anche nell'art. 35 del Codice di deontologia medica<sup>4344</sup>.

---

in cui dolori indescrivibili non scompaiono neppure con i più potenti sedativi (...) Costoro non desiderano essere tranquillizzati o resi incoscienti mediante psicofarmaci o morfina (...) essi desiderano piuttosto congedarsi e morire in piena coscienza. Ma dal momento che non possono morire, domandano una morte dignitosa: chiedono di essere aiutati a morire».

<sup>43</sup> Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748. La pronuncia oggetto di esame pare porsi in linea con la presa di posizione già effettuata da Corte cost., 9 luglio 1996, n. 238, particolarmente efficace nell'affermare che la tutela della libertà personale «è centrale nel disegno costituzionale», costituendo un diritto inviolabile «rientrante tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita ed all'integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona». Circa i contenuti del Decreto della Corte d'Appello di Milano del 25 giugno 2008 che, autorizzando l'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale di Eluana Englaro, ha attuato i principi espressi dalla Suprema Corte, A. STEFANI, *Il caso Englaro: le due Corti a confronto*, in *Quaderni costituzionali*, XXIX, 1, 2009, 95 – 99.

<sup>44</sup> L'art. 35 del Codice di deontologia medica, nella versione del 2014, recita: «L'acquisizione del consenso o del dissenso è un atto di specifica ed esclusiva competenza del medico, non delegabile. Il medico non intraprende né prosegue in

Nel medesimo senso si è espressa anche la giurisprudenza penale, in riferimento al travagliato caso di Piergiorgio Welby, paziente affetto, fin dall'età di 16 anni, da una grave forma di distrofia muscolare che, trovandosi in stato di coscienza, e al fine di liberarsi dalle sue tremende sofferenze, manifestò in molteplici occasioni la volontà che gli fosse “staccata la spina”<sup>45</sup>.

In particolare, il GUP di Roma, con ordinanza del 27 luglio 2007, ha dichiarato il non luogo a procedere nei confronti del medico – anestesista che aveva dato esecuzione alla sua volontà di morire; e ciò qualificando l'attività di ventilazione artificiale come vero e proprio “trattamento sanitario”, nonché precisando che, in virtù dei riconoscimenti comunitari e costituzionali, il diritto del paziente di rifiutare le cure deve considerarsi un

---

procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici senza la preliminare acquisizione del consenso informato o in presenza di un dissenso informato. Il medico acquisisce, in forma scritta e sottoscritta o con altre modalità di pari efficacia documentale, il consenso o il dissenso del paziente, nei casi previsti dall'ordinamento e dal Codice e in quelli prevedibilmente gravati da elevato rischio di mortalità o da esiti che incidano in modo rilevante sull'integrità psico – fisica. Il medico tiene in adeguata considerazione le opinioni espresse dal minore in tutti i processi decisionali che lo riguardano».

<sup>45</sup> Più precisamente, Piergiorgio Welby è stato un attivista politico, giornalista, pittore e scrittore, affetto, fin dall'età di 16 anni, da una grave forma di distrofia muscolare. Onde trovare sollievo dalle sofferenze impostegli dalla sua malattia, Welby, negli anni sessanta, settanta ed ottanta, fece un notevole uso di sostanze stupefacenti, uso che, con il trascorrere del tempo, determinò un ulteriore peggioramento della sua situazione patologica, oltre che una forte dipendenza psico – fisica dalle sostanze stesse. La graduale progressione della malattia, durante gli anni novanta, gli provocò la perdita della capacità di parlare ed effettuare qualsiasi movimento (al di fuori dei movimenti labiali ed oculari), pur non intaccando la sua piena lucidità mentale. Dunque, il Welby, costretto su un letto d'ospedale, vedeva la sua permanenza in vita garantita dal collegamento perpetuo ad un respiratore artificiale. Nel settembre del 2006, Welby inviò una lettera al Presidente della Repubblica, chiedendo il riconoscimento del diritto all'eutanasia, nonché auspicando un confronto politico in materia che chiarisse la questione legislativa; non si fece attendere la risposta della Chiesa cattolica, che, tramite gli interventi di alcuni suoi illustri esponenti, a più riprese, ribadì la sua assoluta contrarietà al riconoscimento di tale diritto, reputato palesemente contrastante con gli ideali cristiani. Soltanto nel dicembre 2006 riuscì ad entrare in contatto con un medico – anestesista disposto a dare esecuzione alla sua volontà; sicché, verso le ore 23. 00 del 20 dicembre 2006, Piergiorgio Welby, congedati amici e parenti, richiese ed ottenne la sedazione ed il distacco del respiratore artificiale, avviandosi verso la morte sulle note di *Like a rolling stone* di Bob Dylan, alla presenza della moglie Mina, della sorella Carla e dei compagni radicali dell'Associazione Luca Coscioni.

diritto perfetto, non risultando necessaria, per il suo concreto esercizio, l’emanazione di una specifica norma attuativa di rango secondario. Sulla scorta di tali osservazioni, il GUP ha concluso sottolineando che ciascun sanitario, in virtù del rapporto terapeutico che lega lo stesso al paziente, è doverosamente tenuto a rendere possibile l’esercizio del diritto all’autodeterminazione terapeutica, anche laddove ciò comporti l’interruzione di una terapia che rivesta carattere fondamentale per la salvaguardia dell’integrità fisica o, addirittura, della vita del paziente. Dunque, laddove si verificano siffatte circostanze, la condotta del medico deve considerarsi pienamente compatibile con l’ordinamento penale, attesa la sua riconducibilità alla scriminante dell’adempimento del dovere, di cui all’art. 51 c.p.<sup>46</sup>

Infine, anche la giurisprudenza amministrativa ha condiviso tale posizione attenta alla salvaguardia della libertà di autodeterminazione del paziente, puntualizzando che di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c’è spazio – nel quadro della c.d. “alleanza terapeutica” – per una strategia della persuasione, perché il compito dell’ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c’è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale; ma, allorché il rifiuto abbia tali connotati, non c’è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> A. DE SANTIS, *L’esercizio dell’attività medico chirurgica necessaria ed urgente nei confronti del paziente dissenziente: il caso Welby*, in *Spiaaldiritto*, 4/2013, da [www.spiaaldiritto.it](http://www.spiaaldiritto.it). Cfr. anche N. VICECONTE, *Il diritto di rifiutare le cure: un diritto costituzionale non tutelato? Riflessioni a margine di una discussa decisione del giudice civile sul “caso Welby”*, in *Giur. cost.*, 3, 2007, 2359 ss.; G. IADECOLA, *Qualche riflessione sul piano giuridico e deontologico a margine del “caso Welby”*, in *Giur. merito*, 4, 2007, 1002 ss.

<sup>47</sup> Cons. St., Sez. VI, 2 settembre 2014, n. 4460. Non può omettersi di rilevare, però la sussistenza di un più risalente orientamento giurisprudenziale che, evocando l’indisponibilità del bene vita e il dovere medico di salvaguardare l’integrità psico – fisica del paziente, sosteneva fermamente l’illegittimità del rifiuto di cure salvavita. in

In definitiva, «ciò che una volta era inevitabile, ora deve essere difeso come un diritto morale»<sup>48</sup>.

Tuttavia, il quadro compositivo dei valori in gioco si presenta profondamente differente allorquando il soggetto che decide sul trattamento sanitario e l'interessato al medesimo non sono la stessa persona, ossia quando bisogna scegliere per coloro i quali non possono farlo: ciò avviene nel caso del rifiuto di cure in sostituzione di adulti incapaci o in qualità di esercenti la potestà genitoriale su figli minori. Nella prima ipotesi, manca in radice la possibilità di estrapolare un consenso informato ed attuale all'interruzione del trattamento sanitario; nella seconda, la specificità del dovere costituzionale dei genitori verso i figli, radicato all'interno dell'art. 30 Cost., appare idonea a consentire un intervento sostitutivo degli apparati pubblici<sup>49</sup>, pur potendosi valorizzare le manifestazioni di volontà espressa dal minore, in specie ove abbia raggiunto un sufficiente grado di maturazione psico – fisica.

Trattasi di situazioni nelle quali la scelta autoritativa assunta da terzi tende a penetrare coattivamente nell'altrui itinerario sanitario, mettendo in

---

tal senso, Pretura di Pescara, decreto 8 novembre 1974 e Pretura di Modica, ordinanza 13 agosto 1990; in tale ultimo caso, il giudice ha confermato la legittimità del decreto d'urgenza con il quale il giudice cautelare, ai sensi dell'art. 700 c.c., aveva autorizzato il medico dipendente di una struttura ospedaliera ad effettuare trasfusioni di sangue ad una paziente in pericolo di vita, nonostante il suo espresso rifiuto, motivato dall'adesione al culto dei testimoni di Geova. Cfr. I. CARRASCO DE PAULA, N. COMORETTO, *Per una medicina centrata sul paziente*, in *Med. e Mor.*, 3, 2005, 557 – 566.

<sup>48</sup> R. VEATCH, *Death, dying and the Biological Revolution*, II ed., New Haven – Londra, 1989, 4.

<sup>49</sup> A. D'ALOIA, *Diritto di morire? La problematica*, cit., 612; in questo senso si è espressa anche Corte cost., 27 marzo 1992, n. 132, precisando che «la potestà dei genitori nei confronti del bambino è, infatti, riconosciuta dall'art. 30, primo e secondo comma, della Costituzione non come loro libertà personale, ma come diritto-dovere che trova nell'interesse del figlio la sua funzione ed il suo limite. E la Costituzione ha rovesciato le concezioni che assoggettavano i figli ad un potere assoluto ed incontrollato, affermando il diritto del minore ad un pieno sviluppo della sua personalità e collegando funzionalmente a tale interesse i doveri che ineriscono, prima ancora dei diritti, all'esercizio della potestà genitoriale». Cfr. anche H. JONAS, *Il principio responsabilità*, Torino, 1990, 120 ss.

discussione l'idea personalissima del morire con dignità ascrivibile al paziente e potenzialmente insidiando le terminazioni nervose della sua identità personale, attraverso una scissione tra vita biografica e corporeità organica<sup>50</sup>.

Dunque, la questione oggetto di esame rappresenta l'intersezione di due problematiche giuridiche ben più ampie: da una parte, quella degli strumenti normativi di regolamentazione delle decisioni di soggetti incapaci; dall'altra quella relativa alla disciplina del rapporto tra la persona e le cure cui questa deve sottoporsi. In entrambi i casi, singolarmente considerati, esiste una disciplina giuridica applicabile; quello che al momento non esiste, tuttavia, è una regolamentazione del caso in cui le due problematiche si sovrappongano<sup>51</sup>. Regolamentazione che deve necessariamente porsi in linea con i valori consacrati dal testo costituzionale e fin qui ricostruiti, configurando la persona quale baricentro della riflessione giuridica ed evitando discriminazioni a danno dei soggetti incapaci quanto alla possibilità di rifiutare le cure salvifiche, discriminazioni che si porrebbero in stridente contrasto con l'art. 3 Cost.

Al contrario, è assolutamente necessario garantire il radicamento solidaristico di questi soggetti, collocati in posizione di debolezza e sottoposti a particolari sofferenze, nel mondo dei viventi, attraverso una (per quanto possibile) gestione autodeterministica della loro esistenza, in

---

<sup>50</sup> S. BARTOLOMMEI, *Corpo e cura di sé alla fine della vita*, cit., 307 – 308.

<sup>51</sup> A. SIMONCINI, O. CARTER SNEAD, *Persone incapaci e decisioni di fine vita (con uno sguardo oltreoceano)*, in *Quaderni costituzionali*, XXX, 1, 2010, 8 – 9. D'altra parte, osservano gli Autori, non è una novità per il diritto quella di doversi occupare delle decisioni di un soggetto incapace di intendere e di volere. Infatti, la condizione di incapacità non rappresenta un caso eccezionale rispetto all'ordinaria condizione umana, caratterizzando la fase iniziale della vita di ogni essere umano e, molto spesso, anche la fase finale, nonché legandosi potenzialmente ad avvenimenti più o meno prevedibili. Sicché la regolamentazioni di situazioni di questo tipo ha storicamente rappresentato una preoccupazione di fondo di quasi tutti i sistemi legali. Cfr. anche A. MORACE PINELLI, *Libertà di curarsi e rilevanza delle decisioni di fine vita*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, 5 ss.

ossequio al principio personalistico che anima la nostra Costituzione; principio che vede nella persona umana un valore etico in sé e ripudia una visione assolutizzante e autoritativa della cura.

Ma il conseguimento di questi imprescindibili obiettivi può essere reso possibile soltanto con l'individuazione di modalità vincolanti di manifestazione della volontà, attivate in stato di coscienza ed applicabili a queste fasi estreme della vita, onde evitare derive paternalistiche giustificate dall'apodittico richiamo ad un superiore dovere di beneficenza che, se letto in prospettiva monodimensionale, imporrebbe di tenere a tutti i costi in vita determinati pazienti anche ove non vi sia, per loro, alcuna "salute" da recuperare.

Si tratta dunque di individuare e disciplinare degli strumenti, vincolanti giuridicamente nei confronti dei terzi, di trasmissione della propria volontà riguardo a cosa fare (o non fare) sul (e del) proprio corpo anche dopo la perdita definitiva della consapevolezza di averne uno, gettando le basi per l'esercizio della libertà di scelta «anche dopo l'eclissi irreparabile della capacità di prendere decisioni»<sup>52</sup>.

Ciò che serve, al riguardo, è la previsione e regolamentazione giuridica del testamento biologico (cd. *living will*), ossia un documento con il quale una persona, provvista di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti cui desidererebbe o non desidererebbe essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non risultasse più in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato. In altri termini, un documento nel quale condensare delle dichiarazioni anticipate di trattamento, onde garantire la più ampia partecipazione della persona entro l'intero arco del processo di cura; ma ciò con la precisazione che le dichiarazioni non possono essere intese come una mera estensione della cultura che ha introdotto il principio del

---

<sup>52</sup> S. BARTOLOMMEI, *Corpo e cura di sé alla fine della vita*, cit., 308.

consenso informato, ma assolvono all'ancor più delicato compito di rendere possibile un rapporto personale tra medico e paziente nelle situazioni estreme in cui non sembra poter sussistere alcun legame «tra la solitudine di chi non può più esprimersi e la solitudine di chi deve decidere»<sup>53</sup>.

In tal modo, le DAT divengono lo strumento attraverso il quale il dialogo solidaristico tra medico e paziente travalica le barriere della consapevolezza di quest'ultimo, proiettandosi verso nuovi orizzonti, così evitando le impetuose irruzioni della magistratura, spesso necessarie, dinanzi all'immobilismo legislativo, per l'adeguamento del sistema normativo alle emergenti esigenze della scienza e della società<sup>54</sup>.

Sicché, preso atto di tali ineliminabili esigenze, si impone un'analitica riflessione circa l'idoneità degli strumenti di tutela delle persone deboli predisposti dal nostro legislatore all'ipostatizzazione giuridica delle dichiarazioni anticipate di trattamento, concentrando la lente di indagine soprattutto sull'istituto dell'amministrazione di sostegno, la cui dinamicità operativa ha consentito a taluni di intravedere un'auspicabile codificazione del cd. *living will*.

## ***2.2. Il sistema giuridico italiano di tutela delle persone deboli: introduzione***

---

<sup>53</sup> M. ARAMINI, *Introduzione alla Bioetica*, cit., 444.

<sup>54</sup> Per un approfondimento circa il rapporto intercorrente tra politica e magistratura in riferimento alle problematiche di maggiore rilievo bioetico, M. FUSCO, *La bioetica italiana tra l'incudine della politica ed il martello della magistratura*, in L. CHIEFFI, P. GIUSTINIANI (a cura di), *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, Torino, 2010, 37 – 49. L'Autore considera innegabile ed encomiabile il contributo dato dalla giurisprudenza all'affermazione dei principi dell'autodeterminazione del paziente in ordine all'atto medico e della rifiutabilità dello stesso, ma rileva altresì come questa funzione creatrice del diritto sia chiaramente estranea alle funzioni che nell'ordinamento italiano sono attribuite al giudice.



L'originaria disciplina codicistica relativa alla tutela degli incapaci<sup>55</sup>, incentrata essenzialmente sugli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, esprimeva una logica essenzialmente custodialistica ed a tratti stigmatizzante, tendente all'esclusione dal tessuto economico – sociale delle persone deboli. E ciò sulla scorta di una larvata presunzione di pericolosità degli incapaci stessi, la cui segregazione tendeva a neutralizzarne la potenziale nocività per il contesto sociale<sup>5657</sup>.

Difatti, dall'applicazione degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione derivava la modificazione dello status giuridico del soggetto infermo di mente, privato della propria capacità di agire<sup>58</sup>, con effetti spesso peggiorativi in riferimento alla sua situazione personale e di salute. A ciò si aggiungeva la segregazione di un elevato numero di tali soggetti all'interno dei manicomi, con conseguente alienazione dalla compagine sociale e svilimento della loro essenza personalistica.

Tuttavia, con il trascorrere degli anni è progressivamente emersa l'inidoneità di una siffatta normativa a disciplinare la variegata situazione patologica delle persone deboli, spesso affette da sintomatologie tali da non giustificare il totale dissolvimento della capacità di agire. E ciò anche in considerazione dell'evoluzione della sensibilità sociale circa le

---

<sup>55</sup> Il codice civile considerava e considera incapaci legali il minore d'età, l'interdetto e l'inabilitato, prevedendo una specifica disciplina per ciascuna di tali figure.

<sup>56</sup> Quasi a voler perpetuare il regime giuridico instaurato dalla risalente L. n. 36/1904, recante «Disposizioni su manicomi e sugli alienati». Cfr. anche P. CENDON, *Infermi di mente e altri "disabili" in una proposta di riforma del codice civile*, in *Pol. dir.*, 1987, 621 ss.; G. VISINTINI, *Considerazioni in tema di tutela civilistica del sofferente psichico*, in AA.VV. (a cura di), *La tutela giuridica del sofferente psichico. Stato attuale e prospettive di riforma*, Milano, 1993, 11 ss.

<sup>57</sup> È opportuno puntualizzare preliminarmente che, ai sensi dell'art. 427 c.c., sono annullabili tutti gli atti compiuti dall'interdetto e gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione compiuti dall'inabilitato senza il consenso del curatore e l'autorizzazione del giudice tutelare o del Tribunale.

<sup>58</sup> Occorre precisare, per una adeguata comprensione della tematica, che la capacità di agire consiste nella capacità di compiere atti giuridicamente rilevanti e, salvo tassative eccezioni, si acquista con il raggiungimento del diciottesimo anno di età. Si differenzia, dunque, dalla capacità giuridica, che consiste nella mera capacità di essere titolare di posizioni giuridiche attive e passive e si acquista con la nascita.

problematiche dei disabili mentali e dell'evoluzione scientifica, che ha portato alla luce la dannosità degli strumenti ispirati ad una logica prettamente custodiale<sup>59</sup>.

Un primo passo nel senso del sovvertimento di tale impostazione valoriale si è avuto soltanto nel 1978, con l'entrata in vigore della Legge n. 180 e, successivamente, della L. n. 833.

Il primo dei surriferiti provvedimenti legislativi ha rivoluzionato il sistema para – detentivo di trattamento delle malattie mentali, abolendo gli ospedali psichiatrici e localizzando l'attuazione degli interventi diagnostici e terapeutici nei confronti degli infermi all'interno dei Centri e presidi psichiatrici extra – ospedalieri<sup>60</sup>; nel contempo, per il ricovero ospedaliero si è disposta la creazione di appositi reparti all'interno delle strutture dipartimentali dedicate alla salute mentale, contestualmente cristallizzando il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari e riconoscendo carattere di residualità ai trattamenti obbligatori imposti per legge.

Di lì a poco, la successiva L. n. 833/1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, ha ribadito in apertura (art. 1, comma 2) che la tutela della salute psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana, mediante la riabilitazione degli stati di invalidità ed inabilità somatica e psichica (art. 2, comma 1, n. 4), nonché privilegiando il momento preventivo. Sicché i servizi psichiatrici sono stati inseriti nell'ambito dei servizi generali<sup>61</sup> e si è ribadita la volontarietà degli

---

<sup>59</sup> F. AMATO, E. LUPO, *L'amministratore di sostegno. Strumento per una nuova qualità della vita*, in *Questione giustizia*, 6, 2000, 1083 ss., ove si osserva che sono numerosi i casi in cui il soggetto debole è incapace di provvedere a sé stesso pur non risultando affetto da una vera e propria patologia mentale, con conseguente inadeguatezza alla sua cura degli strumenti dell'interdizione e dell'inabilitazione. Cfr. anche M. R. MARELLA, *La protezione giuridica dell'infermo di mente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, 229 ss.

<sup>60</sup> Si ricorda anche che l'art. 11 della L. n. 180/1978 ha abrogato l'art. 2, n. 1, del d.P.R. n. 233/1967, in tal modo riconoscendo agli interdetti ed agli inabilitati la piena capacità elettorale attiva e passiva.

<sup>61</sup> In tal modo garantendo l'attuazione delle surriferite disposizioni contenute all'interno della L. n. 180/1978.

accertamenti e dei trattamenti sanitari, precisando che questi ultimi dovranno essere condotti garantendo, per quanto possibile, la libera scelta del medico e del luogo di cura<sup>62</sup>.

In tal modo, si è inteso dare attuazione al principio autodeterministico di cui all'art. 32, comma 2, Cost., contestualmente prevedendo, con l'art. 34 della L. n. 833/1978 la possibilità di estendere i trattamenti sanitari obbligatori alle persone affette da malattia mentale.

Tuttavia, pur rappresentando un innegabile progresso rispetto al passato, la disciplina derivante dai provvedimenti summenzionati rimaneva incentrata sugli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione e tendeva alla completa alienazione della persona affetta da disabilità mentale, la cui residua volontà veniva privata di rilevanza anche in relazione a scelte afferenti alla sfera personale, quali quelle in materia di salute o attinenti alla sua vita privata. Sicché le inadeguatezze del sistema descritto e le condizioni lesive della dignità personale in cui venivano a trovarsi gli incapaci focalizzavano l'attenzione legislativa sulla necessità di una ulteriore modificazione delle norme codicistiche in materia<sup>63</sup>.

In conseguenza di tali riflessioni è maturata la consapevolezza della necessità di introdurre una figura destinata ad affiancare gli istituti tradizionali, con funzione non prettamente sostitutiva quanto piuttosto di sostegno della persona incapace, operante in esclusivo riferimento agli atti

---

<sup>62</sup> A. VENCHIARUTTI, *Profili della salute mentale nel diritto privato*, in *Dir. famiglia*, 3, 1998, 1240 ss., il quale evidenzia come tale mutamento legislativo si pone in linea con la trasformazione del concetto di salute, oramai letto in termini di realtà necessariamente sintetica e onnicomprensiva, nella quale il versante dell'integrità fisica e del benessere psichico confluiscono entrambi a pari titolo, in considerazione del modo unitario ed inscindibile in cui la persona umana viene intesa all'interno della Carta costituzionale. Cfr. anche P. CENDON, *Il prezzo della follia. Lesione della salute mentale e responsabilità civile*, Bologna, 1984, 70 ss.; quanto alla concezione più risalente, C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1961, I, 1 ss.

<sup>63</sup> G. CHINÈ, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile. Quarta edizione*, Roma, 2014, 124 – 125.

per i quali la situazione concreta suggerisce una presenza vicariante<sup>64</sup>. In altri termini, la *ratio* che spinge, come una molla propulsiva, autorevole dottrina<sup>65</sup> a farsi promotrice della riforma dell'intero sistema delle incapacità è quella della necessità impellente di individuare un meccanismo adeguato di graduazione dell'intervento protettivo.

Per il recepimento di queste istanze si è però dovuto attendere l'entrata in vigore della L. n. 6/2004 che, innovando il Titolo XII del Codice civile, ha introdotto nel sistema normativo italiano la figura dell'amministrazione di sostegno, con l'obiettivo specifico, cristallizzato anche all'interno dell'art. 404 c.c., di fornire adeguata tutela ai soggetti che, per effetto di infermità o anche di semplice menomazione fisica o psichica, si trovino nell'impossibilità anche parziale o temporanea di provvedere autonomamente alla cura dei propri interessi.

Pertanto, in quest'occasione, il legislatore è intervenuto anche sull'art. 427 c.c., riconoscendo all'Autorità Giudiziaria la possibilità di consentire all'interdetto di porre in essere in via autonoma determinati atti o all'inabilitato di compiere senza l'assistenza del curatore alcuni specifici atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, in tal modo flessibilizzando il

---

<sup>64</sup> S. VOCATURO, *L'amministrazione di sostegno: la dignità dell'uomo al di là dell'handicap*, in *Riv. not.*, 2004, 241 ss.; cfr. anche M. COSTANZA, *La tutela degli anziani non autosufficienti. Problemi di capacità e strutture protette*, in *Dir. fam. pers.*, 1988, 1956 ss.

<sup>65</sup> P. CENDON, *Infermi di mente e altri "disabili"*, cit., 621 ss. L'Autore afferma icasticamente che il fondamento dell'istituto dell'amministrazione di sostegno è quello di ricercare un «equilibrio tra le opposte esigenze di libertà e di protezione della persona, di assicurare all'infermo tutta la libertà che è possibile ed indispensabile e – quanto alla protezione – dargli in più tutta quella che è necessaria e togliergli invece quella che è superflua, dannosa, ingiusta»; cfr., quanto al piano giurisprudenziale, Trib. Modena, 9 settembre 2002, sentenza che sembra esprimere anticipatamente rispetto al successivo intervento legislativo la *ratio* dell'amministrazione di sostegno. Invero, ricorrendo ad una forzatura interpretativa, il Tribunale modenese giunge ad affermare l'applicabilità dell'interdizione non soltanto laddove siano compromesse le facoltà intellettive superiori, con conseguente incapacità di intendere e di volere del soggetto, ma anche quando, pur sussistendo tale capacità, questo risulti fisicamente impedito alla manifestazione della sua volontà, con conseguente incapacità assoluta di provvedere alla cura dei suoi interessi.

profilo operativo di tali istituti. Per converso, all'ultimo comma dell'art. 411 c.c., il legislatore ha previsto che il giudice tutelare possa disporre «che determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, avuto riguardo all'interesse del medesimo ed a quello tutelato dalle predette disposizioni (...)».

Dunque, il nuovo istituto non si sostituisce ai preesistenti strumenti di protezione degli incapaci, ma si aggiunge ad essi, pur restringendone l'ambito operativo. Invero, la nuova figura presenta, quali caratteristiche preminenti, quelle della duttilità operativa, dell'elasticità e della proporzionalità, risultando congegnata per modellarsi ed adattarsi ai bisogni specifici dei singoli soggetti deboli. L'istituto presenta inoltre una duplice natura giuridica, poiché si configura, in primo luogo, quale strumento di protezione della persona debole, e rileva contestualmente quale strumento restrittivo della capacità legale, in riferimento agli atti individuati con decreto motivato dell'Autorità Giudiziaria<sup>66</sup>.

Ma ciò che immediatamente salta agli occhi dell'istituto oggetto di esame è la sua dinamicità operativa, derivante dalla circostanza che la nomina dell'amministratore avviene con decreto motivato del giudice tutelare che indica specificamente gli atti per il compimento dei quali il beneficiario necessita della rappresentanza legale o dell'assistenza necessaria dell'amministratore, nonché la durata dell'incarico, adattando la tutela alle esigenze che emergono nel caso concreto.

In tal modo, si è anche resa la disciplina italiana delle ipotesi di incapacità giudiziale conforme alle disposizioni europee e costituzionali in materia di

---

<sup>66</sup> E. MUSI, *La protezione dell'incapace – L'amministrazione di sostegno*, in L. MILITERNI (a cura di), *Itinerari schematici di diritto civile*, Napoli, 2008, 30 – 31; cfr., per un inquadramento più ampio dell'istituto e della sua natura giuridica, G. BONILINI, F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404 – 413*, in F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2008, 3 – 46.

protezione dell'incapace. In particolare, il nuovo statuto di tutela si pone tendenzialmente in linea con gli artt. 25 e 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che consacrano il diritto degli anziani di partecipare alla vita sociale e culturale ed il diritto dei disabili di beneficiare delle misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità; nel contempo, determina la concreta attuazione dei principi di cui agli artt. 2 e 3 della Carta costituzionale, disposizioni che consacrano i diritti inviolabili dell'uomo, come singolo e nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e impongono l'impegno statale alla rimozione degli ostacoli che possano frustrare la pari dignità sociale dei cittadini e, in senso più generale, il pieno sviluppo della persona umana<sup>67</sup>.

Purtuttavia, dubbi sono sorti circa la legittimità costituzionale degli artt. 404, 405 e 409 c.c., paventandosi una violazione degli artt. 2, 3, 4, 41 e 42 Cost., derivante dalla circostanza che i primi non prevederebbero dei criteri discriminanti espressi che consentano di perimetrare adeguatamente l'alveo operativo dell'amministrazione di sostegno rispetto a quello dell'interdizione e dell'inabilitazione, in tal modo rimettendo la decisione all'arbitrio del giudice ed ingenerando una situazione di incertezza, che finirebbe col violare le garanzie costituzionali del pieno dispiegarsi della personalità nella sfera dei rapporti economici e dei traffici giuridici.

---

<sup>67</sup> G. CHINÈ, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile. Quarta edizione*, Roma, 2013, 125 – 126; cfr., per un approfondimento sul punto, E. BACCIARDI, *La tutela civile degli anziani alla luce dell'art. 25 della Carta di Nizza*, in *Nuova giur. civ.*, 2015, 6, 20293 ss., il quale evidenzia che dalla lettura dell'art. 25 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea si ricava chiaramente la volontà delle istituzioni comunitarie di escludere la legittimità di trattamenti giuridici differenziati in ragione del mero dato anagrafico, che può invece legittimare l'attivazione di specifici strumenti di tutela ove – accompagnato da ulteriori e specifiche situazioni di debolezza – costituisca un ostacolo che impedisce il pieno sviluppo della persona umana e/o la sua effettiva partecipazione alla vita politica, economica e sociale. Cfr. anche F. VIGLIONE, *L'Europa del sociale e le nuove sfide normative: la situazione europea sull'affido dell'anziano e dell'adulto in difficoltà*, in M. L. VINCENZONI (a cura di), *Anziani da slegare. Invecchiare a casa propria. Le garanzie dell'affido e della domiciliarità*, Bologna, 2011, 33 ss.

La Corte costituzionale ha però rigettato la questione, provvedendo al coordinamento del nuovo istituto con i più risalenti strumenti di tutela delle persone deboli.

Più precisamente, i giudici della Consulta hanno evidenziato che dalla lettura congiunta dell'art. 1 della L. n. 6/2004 e degli artt. 404 e 405 c.c. emerge chiaramente il criterio da adoperare per tenere distinta la sfera di operatività di ciascun istituto: il giudice ha il compito «di individuare l'istituto che, da un lato, garantisca all'incapace la tutela più adeguata alla fattispecie e, dall'altro, limiti nella minore misura possibile la sua capacità»; sicché solo ove non ravvisi interventi di sostegno idonei ad assicurare all'incapace siffatta protezione, il giudice potrà ricorrere alle ben più invasive misure dell'inabilitazione o dell'interdizione che, in considerazione della loro notevole incisività sulla sfera personale dell'incapace, acquistano carattere di *extrema ratio*<sup>68</sup>.

Da queste precisazioni giurisprudenziali emerge, dunque, un sistema di tutela delle persone incapaci all'interno del quale l'interdizione e l'inabilitazione vengono relegate in spazi applicativi residuali, secondo un criterio alla cui definizione contribuisce anche la Corte di cassazione<sup>69</sup>. Nel dettaglio, la Suprema Corte, valorizzando le finalità sottese alla L. n. 6/2004<sup>70</sup>, puntualizza che nell'individuare il *discrimen* tra amministrazione

---

<sup>68</sup> Corte. Cost., 9 dicembre 2012, n. 440. Il Giudice delle leggi sottolinea altresì che, secondo il nuovo testo dell'art. 411, comma 4, c.c., il giudice tutelare, nel provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno, o successivamente, può disporre che «determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno», con la conseguenza che in nessun caso i poteri dell'amministratore possono coincidere «integralmente» con quelli del tutore o del curatore.

<sup>69</sup> Cass. civ., Sez. I, 12 giugno 2006, n. 13584; cfr. anche Cass. civ., Sez. I, 20 dicembre 2006, n. 27268; Cass. civ., Sez. I, 22 aprile 2009, n. 9628.

<sup>70</sup> In particolare, i giudici di Piazza Cavour esordiscono osservando che dall'analisi delle finalità della legge «emerge, in modo incontrovertibile, una linea di tendenza diretta alla massima salvaguardia possibile dell'autodeterminazione del soggetto in difficoltà, attraverso il superamento concettuale del momento autoritativo, consistente nel divieto, tradizionalmente imposto a suo carico, del compimento di una serie, più o

di sostegno ed interdizione, il giudice non può adoperare un criterio quantitativo, correlato all'intensità del grado di infermità mentale del soggetto che si intende salvaguardare. Al contrario, è necessario utilizzare un criterio funzionale, verificando volta per volta l'idoneità dell'amministrazione di sostegno a garantire la protezione del soggetto incapace di curare i propri interessi, ricorrendo al più invasivo istituto dell'interdizione soltanto ove il primo strumento si dimostri concretamente inadeguato al soddisfacimento di tale esigenza.

Detta complessiva disciplina ricollega l'incapacità di agire ad un provvedimento dell'Autorità Giudiziaria, la cui emanazione si fonda sul concreto riscontro dei presupposti previsti da legislatore, e viene così a saldarsi con la disciplina dell'incapacità naturale nel delineare i tratti del sistema di tutela delle persone deboli. Più precisamente, l'art. 428 c.c. affianca la disciplina sopra descritta, prevedendo l'annullabilità degli atti compiuti da persona che «sebbene non interdetta, si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace d'intendere o di volere<sup>71</sup> al momento in cui gli atti sono stati compiuti, (...), se ne risulta un grave pregiudizio all'autore»; e ciò con la precisazione che ove l'atto compiuto consista in un contratto, piuttosto che in un atto negoziale unilaterale, l'annullamento può essere pronunciato soltanto ove risulti la malafede

---

meno ampia di attività, in correlazione al grado di incapacità, a favore di una effettiva protezione della sua persona, che si svolge prestando la massima attenzione alla sua sfera volitiva, alle sue esigenze, in conformità al principio costituzionale del rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo».

<sup>71</sup> È opportuno rilevare che la giurisprudenza di legittimità si è impegnata nel tracciare i confini dell'incapacità naturale; in particolare, Cass. civ., Sez. III, 8 febbraio 2012, n. 1770, ha precisato che si trova in stato di incapacità di intendere e di volere la persona la cui facoltà intellettive e volitive, per qualsiasi causa «risultino diminuite in modo tale da ostacolare una seria valutazione dell'atto e la formazione di una volontà cosciente, facendo quindi venire meno la capacità di piena autodeterminazione del soggetto e la completa consapevolezza in ordine all'atto che sta per compiere». Per approfondimenti circa le situazioni che determinano incapacità naturale, A. GORGONI, *I nuovi rimedi a tutela delle persone prive di autonomia*, in *Obbl e contr.*, 7, 2008, 630 ss.



dell'altro contraente, la cui sfera negoziale va contestualmente salvaguardata.

Queste ipotesi di interdizione differiscono. sotto il profilo della *ratio*, dall'interdizione legale di cui all'art. 32 c.p., che consegue alla condanna all'ergastolo o alla pena della reclusione superiore a cinque anni e priva il reo della capacità di compiere atti negoziali di natura patrimoniale. Infatti, tale ultima disposizione persegue una finalità di carattere spiccatamente sanzionatorio, ricollegandosi alla realizzazione di fattispecie penalmente rilevanti, nonché l'obiettivo di salvaguardare la sfera patrimoniale dei terzi potenzialmente danneggiati dagli ulteriori atti dispositivi posti in essere dal reo.

In un quadro così tratteggiato, il rimedio previsto dal legislatore per gli atti compiuti dal soggetto incapace di agire, ai sensi degli artt. 412 e 427 c.c., è quello dell'annullabilità, con la precisazione che detta patologia colpisce tutti gli atti compiuti dall'interdetto e gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione compiuti dall'inabilitato senza il rispetto delle prescritte formalità<sup>72</sup>, nonché gli atti compiuti dal beneficiario dell'amministrazione di sostegno in violazione delle disposizioni di legge o di quelle contenute nel decreto che attiva l'istituto<sup>73</sup>.

Chiaramente, le considerazioni fin qui effettuate valgono in riferimento agli atti di natura negoziale posti in essere dal soggetto incapace. Per

---

<sup>72</sup> Fatte salve le eventuali eccezioni di cui al comma 1 dell'art. 427 c.c., a tenore del quale «nella sentenza che pronuncia l'interdizione o l'inabilitazione, o in successivi provvedimenti dell'autorità giudiziaria, può stabilirsi che taluni atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'interdetto senza l'intervento ovvero con l'assistenza del tutore, o che taluni atti eccedenti l'ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore».

<sup>73</sup> La patologia prevista dal legislatore in riferimento agli atti compiuti dal soggetto incapace di agire differisce rispetto alla patologia prevista per gli atti compiuti da chi è privo di capacità giuridica, che devono considerarsi radicalmente nulli, piuttosto che annullabili. Per approfondimenti in relazione alle differenze intercorrenti tra il regime giuridico della nullità ed il regime giuridico dell'annullabilità, G. CHINÈ, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile. Settima edizione*, Roma, 2016, 1299 – 1339.

individuare, invece, la disciplina applicabile ai fatti illeciti è necessario fare riferimento all'art. 2046 c.c., a tenore del quale «non risponde delle conseguenze del fatto dannoso chi non aveva la capacità d'intendere o di volere al momento in cui lo ha commesso, a meno che lo stato d'incapacità derivi da sua colpa»; piuttosto, ai sensi del successivo art. 2047 c.c., ove il fatto illecito dannoso sia stato compiuto da una persona incapace, l'obbligo risarcitorio grava su chi era tenuto alla sua sorveglianza, ferma restando la possibilità di dimostrare in giudizio di non aver potuto impedire il fatto.

Infine, per delineare in maniera completa la cornice normativa posta a tutela delle persone deboli deve ulteriormente farsi riferimento alla disciplina dei patrimoni destinati, che opera, però, sul solo versante patrimoniale, non risultando connaturato a tale comparto legislativo l'obiettivo della salvaguardia dell'essenza ontologica dell'incapace.

Merita infatti segnalare che l'art. 2645ter c.c. consente la trascrizione, con conseguente opponibilità ai terzi, degli «atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità», conferendo, secondo alcuni<sup>74</sup>, cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico all'istituto del *trust*, che rinviene la sua regolamentazione sovranazionale nella Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985.

Dunque, non vi è dubbio che la tutela delle persone disabili, espressamente contemplata dall'art. 2645ter c.c., debba considerarsi meritevole e possa essere posta alla base di un vincolo fiduciario di tale tipologia, in tal modo dando vita ad un fenomeno di segregazione patrimoniale che rende non

---

<sup>74</sup> M. NUZZO, *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, in AA.VV., *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645 ter c.c.*, Milano, 2006, 59 ss.; cfr. anche S. ANTONELLI, *La proprietà e i suoi limiti*, in L. MILITERNI (a cura di), *Itinerari schematici di diritto civile*, Napoli, 2008, 295 ss.

aggredibili da parte dei creditori comuni i beni destinati al soddisfacimento dei bisogni dei disabili stessi<sup>75</sup>. E se è vero che tale disciplina si attesta sul piano prettamente patrimoniale, non potendo certamente il soggetto deputato alla gestione dei beni vincolati compiere atti personalissimi per conto dell'incapace, d'altro canto la cristallizzazione di un patrimonio destinato al soddisfacimento dei bisogni di quest'ultimo senza dubbio può contribuire a preservarne la dignità ed il radicamento nel mondo dei "viventi".

In definitiva, dal vaglio del quadro normativo fin qui descritto, nonché della sua decennale evoluzione, emerge chiara la volontà legislativa orientata nel senso del potenziamento degli strumenti di tutela delle persone deboli, fondata sulla consacrazione della libertà di autodeterminazione dell'individuo e sulla volontà di garantire l'effettiva esplicazione di tale libertà, anche in situazioni di infermità. Volontà certamente orientata ed intensificata da radicate istanze di matrice sovrazionale, ma fatalmente destinata a confrontarsi con i concreti limiti applicativi degli istituti giuridici esaminati che, come di seguito verrà compiutamente evidenziato, portano alla luce l'esigenza di un ulteriore intervento legislativo.

---

<sup>75</sup> R. QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1757 ss. Cfr. anche A. MORACE PINELLI, *Tutela della famiglia e dei soggetti deboli mediante la destinazione allo scopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 6, 11365 ss., il quale, nel sottolineare che devono ritenersi meritevoli gli atti di destinazione posti in essere nell'interesse di soggetti incapaci, ricomprende in tale categoria non soltanto coloro che sono sottoposti ad una limitazione della capacità di agire (interdetti, inabilitati e beneficiari dell'amministrazione di sostegno), ma anche gli incapaci naturali affetti da malattie in grado di influire sull'autodeterminazione della persona, adeguatamente certificate; R. MONTINARO, *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 1, 16 ss., che si interroga approfonditamente, in riferimento ai trusts costituiti a beneficio di minorenni, circa la possibilità per il trustee compiere atti di straordinaria amministrazione senza soggiacere al regime autorizzatorio previsto dalle disposizioni in materia di tutela degli incapaci.

### **2.2.1. *La tutela del minore***

Alla luce delle considerazioni introduttive fin qui brevemente svolte, può procedersi all'analisi dei singoli compartimenti di tutela progettati dal legislatore in riferimento alle persone deboli, principiando dalla disciplina predisposta per il minore di anni diciotto, soggetto presuntivamente ritenuto, in virtù della sua incompleta maturazione psico – fisica, non in grado di compiere atti giuridicamente vincolanti ed assumere decisioni concernenti la sua esistenza in maniera del tutto autonoma e, quindi, privo della capacità di agire<sup>76</sup>. Il riferimento è, in particolare, alla disciplina della tutela e dell'emancipazione, di cui agli artt. 343 – 399 c.c., nonché, in via secondaria, alla disciplina della potestà (oggi responsabilità) genitoriale, di cui agli artt. 315 – 342 c.c.

Giova preliminarmente rilevare, quanto al profilo contrattuale, che il plesso normativo summenzionato si collega, nella sua dimensione operativa, al successivo art. 1425 c.c., che detta la regola generale in base alla quale il contratto deve considerarsi annullabile quando una delle parti che lo ha stipulato era incapace di contrattare; la relativa azione, ai sensi dei successivi artt. 1441 e 1442 c.c., può essere attivata soltanto dal minore, per mezzo del proprio rappresentante legale oppure personalmente, una volta divenuto maggiorenne, decorrendo solo a partire da tale data il termine di prescrizione quinquennale. Peraltro, ad ulteriore tutela del minore stesso, è previsto che questi, in caso di annullamento, non sia tenuto a restituire la

---

<sup>76</sup> Al riguardo, vale rilevare che l'acquisto della capacità di agire al raggiungimento del diciottesimo anno di età costituisce una regola generale suscettibile di eccezioni previste dal legislatore. Difatti, la legge può prevedere un'età più elevata per il valido compimento di determinati atti, come accade, ad esempio, per l'adozione di un soggetto maggiorenne, che può essere effettuata soltanto da un soggetto che abbia compiuto i trentacinque anni. Nel contempo, l'ordinamento civile conosce anche ipotesi di "capacità di agire anticipata", quale, ad esempio, quella prevista dall'art. 250 c.c., che riconosce al minore che abbia compiuto sedici anni la capacità di riconoscere il proprio figlio naturale.

prestazione ricevuta, se non nei limiti in cui sia stata effettivamente rivolta a suo vantaggio. Il contratto non potrà però essere annullato allorquando il minore abbia occultato la propria età attraverso dei raggi, ossia attraverso delle false rappresentazioni della realtà la cui realizzazione attesta il raggiungimento di un grado di maturazione psico – fisica tale da giustificare il mantenimento in vita dell'impalcatura negoziale.

Tuttavia, se da un lato questa è la regolamentazione dettata dal legislatore, dall'altro non può omettersi di segnalare la sussistenza di un solido orientamento teorico che riconosce al minore, nel concreto dispiegamento della sua vita quotidiana, la possibilità di operare nell'ambito della cd. “microcontrattualità”, procedendo alla stipula di contratti di scarsa entità che non richiedono particolari forme<sup>77</sup>.

Orbene, in conseguenza di tale incapacità di agire, l'art. 320 c.c. attribuisce ai genitori congiuntamente, o a quello di essi che esercita la potestà, la rappresentanza del minore nel compimento di tutti gli atti di rilevanza civilistica e, dunque, anche nell'amministrazione del suo patrimonio. Ma ciò con la precisazione che, ai sensi del successivo art. 322 c.c., gli atti violativi dei divieti imposti dal legislatore, o posti in essere in conflitto di interessi, sono annullabili su istanza del genitore che non li ha compiuti, del figlio, nonché degli eredi e degli aventi causa di quest'ultimo<sup>78</sup>.

Se i genitori del minore sono defunti o per altra ragione non possono esercitare la rappresentanza legale dello stesso, il Tribunale del circondario in cui si trovi la sede principale degli interessi e degli affari del minore, ai

---

<sup>77</sup> Esempio scolastico è quello dell'acquisto del gelato. Sul punto, G. CHINÈ, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile. Settima edizione*, Roma, 2016, 111 – 114.

<sup>78</sup> Basti rilevare, relativamente al profilo dei limiti legislativi, che gli atti di amministrazione devono essere compiuti congiuntamente dai coniugi quando si tratti concessione o acquisto di diritti personali di godimento e che taluni atti, come ad esempio la riscossione di capitali, non possono essere compiuti senza l'autorizzazione del giudice tutelare. Inoltre, i genitori non possono rendersi acquirenti, neanche all'asta pubblica, direttamente o per interposta persona, di beni o diritti rientranti nella sfera giuridica del minore, né possono divenire cessionari di credito verso il minore.

sensi dell'art. 343 c.c., apre la tutela in suo favore. Più precisamente, il giudice tutelare provvede alla nomina del tutore e del protutore<sup>79</sup> del minore appena avuto notizia del fatto che determina l'apertura della tutela, individuandoli nella persona eventualmente designata dal genitore che per ultimo abbia esercitato la potestà, anche per testamento, per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ed in alternativa procedendo all'individuazione di una persona idonea all'ufficio, che risulti di ineccepibile condotta e che sia in grado di educare ed istruire il minore tenendo conto delle capacità, aspirazioni ed inclinazioni naturali di quest'ultimo.

Di notevole rilievo è il successivo art. 357 c.c., deputato ad individuare le funzioni del tutore. Nel dettaglio, la norma prevede che il tutore, oltre a rappresentare il minore in tutti gli atti civili e ad amministrarne il patrimonio<sup>80</sup>, si occupa della «cura della persona».

Ebbene, con detta espressione si fa riferimento all'attività diretta al soddisfacimento di tutte le esigenze di natura non patrimoniale riferibili al minore, rientrandovi l'educazione, l'istruzione, ed altresì l'assunzione delle scelte concernenti la salute; il tutto, però, in ossequio alle direttive ricevute dal giudice tutelare. In altre parole, il potere – dovere del tutore si sostanzia nell'acquisire la conoscenza delle capacità e delle inclinazioni naturali ed aspirazioni del minore e nel garantire la concreta attuazione delle direttive ricevute dal giudice tutelare; ma ciò con la precisazione che tutte le scelte attinenti al profilo della cura non possono prescindere dall'ascolto della volontà del minore stesso, in specie ove abbia raggiunto una sufficiente

---

<sup>79</sup> L'art. 360 c.c. prevede che: «Il protutore rappresenta il minore nei casi in cui l'interesse di questo è in opposizione con l'interesse del tutore. Se anche il protutore si trova in opposizione d'interessi col minore, il giudice tutelare nomina un curatore speciale».

<sup>80</sup> Dovendo, secondo quanto previsto dal successivo art. 382 c.c., svolgere tale attività con la «diligenza del buon padre di famiglia», rispondendo personalmente verso il minore di ogni danno cagionato violando i propri doveri.

capacità di discernimento<sup>81</sup>, soltanto in tal modo potendosi realmente garantire il dispiegamento autodeterministico della sua personalità, in ossequio all'art. 2 Cost.

Dall'analisi complessiva di tale addentellato normativo si avverte precisamente la volontà legislativa di considerare il minore non più quale oggetto dei diritti e delle aspettative — sia pure legittime — degli adulti, bensì quale autonomo portatore di interessi propri, della cui concreta realizzazione l'ordinamento deve direttamente preoccuparsi, trattandosi di persona connotata da intrinseca debolezza. E proprio per tale motivo che il legislatore dedica al minore particolari norme preposte alla tutela della sua identità personale, delle informazioni che lo riguardano e dei contenuti che possano raggiungerlo attraverso i media, sì da salvaguardare adeguatamente la fisiologia del suo processo di crescita e maturazione<sup>82</sup>.

Il compito del tutore in tema di cura della persona costituisce, dunque, la risposta dell'ordinamento alle esigenze di cura e sostegno in riferimento ad un soggetto che non è in grado di autodeterminarsi adeguatamente, ma del quale deve comunque valorizzarsi l'essenza personalistica.

Del resto, nel medesimo senso risultano orientate alcuni recenti interventi legislativi. In primo luogo, deve farsi riferimento alla L. n. 54/2006 (cd. "Legge sull'affido condiviso"), il cui obiettivo di fondo è quello di garantire che, pur quando il consorzio familiare entri in una fase patologica, con conseguente dissoluzione della convivenza, il minore mantenga un rapporto equilibrato con ambedue le figure genitoriali — tendenzialmente

---

<sup>81</sup> P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile, artt. 315 – 455. Potestà – Tutela dei minori – Amministrazione di sostegno – Alimenti – Atti dello stato civile*, Milano, 2009, 354 – 356.

<sup>82</sup> R. DE MEO, *La tutela del minore e del suo interesse nella cultura giuridica italiana ed europea*, in *Dir. famiglia*, 1, 2012, 461 ss. Secondo l'Autore è possibile rintracciare nei più recenti interventi legislativi la tendenza ordinamentale all'affermazione della supremazia dell'interesse del minore rispetto a quello degli adulti coinvolti nella sua vita; emblematica, in tal senso, la riforma dell'affidamento dei figli minori nella crisi di coppia, attuata con L. n. 54/2006.

ritenute parimenti fondamentali nel delineare il suo percorso educativo e di crescita – attraverso l'affidamento condiviso<sup>83</sup>. E ciò con la non trascurabile precisazione, operata dall'art. 2, comma 4, L. cit., che tali disposizioni «si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati»<sup>84</sup>.

E di rilievo non minore, nella cennata ottica di tutela della personalità del minore, risulta essere la recente “riforma della filiazione”, recentemente attuata con L. n. 219/2012 (recante «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali») e con D.Lgs., n. 154/2013, provvedimenti che hanno concretizzato l'unificazione giuridica dello status di figlio, sia questi nato “nel” o “fuori del” matrimonio<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> Sotto tale profilo assume particolare rilievo l'art. 337ter c.c., a tenore del quale: «Il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale. Per realizzare la finalità indicata dal primo comma, nei procedimenti di cui all'articolo 337-bis, il giudice adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, ivi compreso, in caso di temporanea impossibilità di affidare il minore ad uno dei genitori, l'affidamento familiare. All'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole provvede il giudice del merito e, nel caso di affidamento familiare, anche d'ufficio. A tal fine copia del provvedimento di affidamento è trasmessa, a cura del pubblico ministero, al giudice tutelare».

<sup>84</sup> Per approfondimenti sul punto, M. FIORINI, *Autonomia privata e affidamento condiviso*, in *Riv. not.*, 1, 2007, 47 ss.; F. DANOVI, *L'affidamento condiviso: le tutele processuali*, in *Dir. famiglia*, 4, 2007, 1883 ss.; N. FAZIO, *L'affido condiviso*, in *Giust. civ.*, 6, 2006, 273 ss.

<sup>85</sup> L'essenza di tale profondo rinnovamento è chiaramente riportata in due specifiche norme. La prima è l'art. 315 c.c., che espressamente dispone sullo stato giuridico della filiazione, sancendo che a tutti i figli è attribuito lo stesso status. Il secondo intervento di rilievo si sostanzia invece nella riformulazione dell'art. 74 c.c., laddove stabilisce che il legame di parentela, intercorrente tra persone che discendono da uno stesso stipite, sussiste «sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel



In tale contesto di riforma, spicca un intervento lessicale effettuato dal legislatore: la sostituzione del concetto di «potestà genitoriale» di cui all'art. 316 c.c., con quello di «responsabilità genitoriale», con ciò apparentemente configurando la responsabilità che i genitori assumono nei confronti dei figli non già quale mero potere, bensì quale ufficio di diritto privato da esercitarsi nel loro esclusivo ed assoluto interesse, in guisa tale da cancellare qualsivoglia riferimento all'idea di una soggezione o subordinazione dei figli stessi nella gerarchia familiare. In tale visuale prospettica, *ratio* della modifica è quello di abbandonare una visione che si potrebbe definire “genitoricentrica” delle relazioni genitori – figli, considerando autonomamente le prerogative dei figli, senza il filtro della lente genitoriale, nella concreta attuazione di un retroterra culturale che rinviene il suo primigenio fondamento normativo nei commi 1 e 2 dell'art. 30 Cost.<sup>8687</sup>

D'altra parte, tale differente angolo visuale diviene quasi “palpabile” osservando le scelte sistematiche compiute dalla riforma. Non solo il nuovo art. 315bis c.c. dedica ben tre commi ai diritti del figlio, con precedenza rispetto all'indicazione dei doveri del figlio medesimo, relegata all'ultimo comma, ma anche, e soprattutto, l'intera regolamentazione della posizione del figlio viene riunita nel nuovo Titolo IX del Libro I c.c., onde rimarcare

---

caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo», specificando, in tale ipotesi, che «il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età».

<sup>86</sup> Illuminante, a tal riguardo, è la relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo volto a dare attuazione alla delega contenuta nella L. n. 219/2012, ove si legge che «la modifica terminologica dà risalto alla diversa visione prospettica che nel corso degli anni si è sviluppata ed è ormai da considerare patrimonio condiviso: i rapporti genitori-figli non devono essere più considerati avendo riguardo al punto di vista dei genitori, ma occorre porre in risalto il superiore interesse dei figli minori».

<sup>87</sup> Per ulteriori approfondimenti sul punto, A. DEL GIUDICE, *La filiazione prima e dopo la riforma*, in, *Dir. fam. pers.*, 1, 2014, 337 ss.; M. PORCELLI, *La responsabilità genitoriale alla luce delle recenti modifiche introdotte dalla legge di riforma della filiazione*, in *Dir. fam. pers.*, 4, 2014, 1628 ss.; per una prospettiva di profilo sovranazionale, O. LOPES PEGNA, *Riforma della filiazione e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. inter.*, 2, 2014, 394 ss.

lo “sganciamento” — anche topografico — delle prerogative “filiali” da quelle “genitorie”<sup>88</sup>. Prerogative portate alla luce e consolidate anche dal successivo art. 336bis c.c. che, recependo indicazioni già formulate dalla giurisprudenza di legittimità, valorizza l’ascolto del minore in sede processuale, in specie, laddove questo abbia raggiunto un elevato grado di maturazione psico – fisica, così incentivando l’adeguata ponderazione delle sue esigenze, nel rispetto del principio del contraddittorio; e, ancora, dall’art. 317bis c.c., che, attribuendo particolare rilievo al rapporto tra nipoti e nonni ed all’importante ruolo educativo da questi espletato nel moderno tessuto sociale, codifica il diritto degli ascendenti a mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, diritto suscettibile di essere tutelato in sede giudiziale.

### ***2.2.2. Interdizione ed inabilitazione: tra vuoti di tutela e soluzioni giurisprudenziali***

Una tipologia di tutela analoga a quella accuratamente predisposta dal legislatore per i minori si rende necessaria anche in riferimento ai soggetti che, nonostante il raggiungimento della maggiore età, rimangono sostanzialmente incapaci di curare autonomamente i propri interessi, con conseguente necessità di incidere giudizialmente sulla capacità di agire degli stessi allo scopo di salvaguardarne la sfera giuridica e l’integrità psico – fisica.

Sotto questo profilo, come già innanzi osservato, acquistano rilievo gli istituti dell’interdizione e dell’inabilitazione, solo successivamente (ossia

---

<sup>88</sup> G. CASABURI, *La nuova disciplina della filiazione: gli obiettivi conseguiti e le prospettive (specie inaspettate) future*, in *Corr. mer.*, 2013, 8 – 9.

con l'entrata in vigore della L. n. 6/2004) affiancati dalla più moderna amministrazione di sostegno.

L'interdizione giudiziale consegue ad una sentenza costitutiva del Tribunale, emessa su istanza del coniuge, della persona stabilmente convivente, dei parenti entro il quarto grado, degli affini entro il secondo grado, del tutore o del curatore dell'interdicendo, o, ancora, del Pubblico Ministero<sup>89</sup>.

In base all'art. 414 c.c., perché possa disporsi l'interdizione è necessario che l'interessato, maggiorenne o minore emancipato, si trovi in condizione di abituale infermità di mente che lo renda incapace di provvedere ai propri interessi. Con il riferimento al requisito dell'abituale infermità mentale, fondamentale nel perimetrare l'alveo operativo dell'interdizione rispetto a quello del differente istituto dell'incapacità naturale, si ritiene che il legislatore abbia voluto far riferimento a qualsiasi grave disturbo clinico, non necessariamente oggetto di puntuale classificazione nosologica e potenzialmente riguardante tanto le facoltà intellettive quanto quelle volitive dell'interdicendo, che risulti tale da frustrarne concretamente la capacità di curare autonomamente e adeguatamente i propri interessi<sup>90</sup>.

Di portata analoga ma di minore intensità si presenta il parallelo istituto dell'inabilitazione, posto che, in base all'art. 415 c.c., può essere inabilitato il maggiore di età infermo di mente, il cui stato non sia talmente grave da far luogo all'interdizione o colui il quale, per prodigalità o per abuso abituale di bevande alcoliche o sostanze stupefacenti, esponga se o la

---

<sup>89</sup> Si esprime in tal senso l'art. 417 c.c. La medesima disposizione precisa, però, che se l'interdicendo si trova sottoposto a responsabilità genitoriale o ha per curatore uno dei genitori, la legittimazione a proporre l'istanza di interdizione spetta solo al genitore e al Pubblico Ministero.

<sup>90</sup> G. CHINÈ, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile. Settima edizione, cit.*, 128 – 130, ove si precisa, altresì, che il requisito dell'abitualità non è escluso dalla presenza di eventuali intervalli di lucidità, quando la normale condizione dell'interdicendo sia quella dell'infermità mentale; cfr. anche R. PESCARA, *I provvedimenti di interdizione e inabilitazione e le tecniche protettive dei maggiorenni incapaci*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Vol. 4, Torino, 1982, 779 ss.

propria famiglia a gravi pregiudizi economici, nonché il sordo o cieco dalla nascita o dalla prima infanzia se non hanno ricevuto un'educazione sufficiente, purché non si renda necessaria l'interdizione dei medesimi.

Quanto al profilo della disciplina giuridica, il successivo art. 424 c.c. prevede espressamente che le disposizioni sulla tutela dei minori e quelle sulla curatela dei minori emancipati trovano applicazione rispettivamente alla tutela degli interdetti e alla curatela degli inabilitati. Da ciò consegue che i primi risultano del tutto privati della capacità di agire, riservandosi al tutore la possibilità di compiere atti idonei ad incidere sulla loro sfera giuridica<sup>91</sup>; i secondi rimangono autorizzati all'autonomo compimento di atti di ordinaria amministrazione, ma è loro inibito il compimento di atti di straordinaria amministrazione senza il consenso e l'assistenza del curatore, finalizzata all'integrazione della loro volontà, e l'autorizzazione del Giudice tutelare o del Tribunale<sup>92</sup>.

Dunque, la pronuncia di interdizione o inabilitazione rende la persona totalmente o parzialmente incapace di agire con la conseguenza che l'atto compiuto da tale soggetto può essere annullato secondo le modalità descritte dall'art. 427 c.c.<sup>93</sup> Ai fini dell'annullamento non è necessario

---

<sup>91</sup> Al riguardo, è opportuno precisare che, analogamente a quanto avviene per i minori, si ritiene che agli interdetti non sia preclusa la possibilità di compiere atti giuridicamente rilevanti che rientrano nell'area della cd. "microcontrattualità" e, dunque, attengono alla dimensione del vivere quotidiano e presentano uno spessore economico particolarmente modesto (ad es.: acquistare generi di consumo e prodotti farmaceutici, riscuotere la pensione, pagare la bolletta dell'energia elettrica, ecc...); sul punto, si veda P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile*, cit., 939 ss.; cfr. anche G. COLACINO, *La l. 9 gennaio 2004 n. 6 ed il nuovo statuto di protezione dei soggetti "deboli"*, in *Dir. fam.*, 4, 2005, 1446 ss., il quale osserva che tale soluzione è funzionale a preservare la soggettività dell'infermo, limitando il rischio di "ingessamento" delle relazioni con i terzi ed il conseguente effetto di totale esclusione dai traffici.

<sup>92</sup> Si precisa altresì che, in base all'art. 425 c.c., l'inabilitato può continuare l'esercizio di un'impresa commerciale previa autorizzazione del tribunale e parere del giudice tutelare, mentre è esclusa la possibilità di promuovere una nuova attività.

<sup>93</sup> Detta disposizione, al comma 2, prevede che «gli atti compiuti dall'interdetto dopo la sentenza di interdizione possono essere annullati su istanza del tutore, dell'interdetto o dei suoi eredi o aventi causa. Sono del pari annullabili gli atti compiuti dall'interdetto

dimostrare il pregiudizio per l'interdetto o la malafede della controparte, come richiesto in riferimento agli atti compiuti dall'incapace naturale, e la restituzione della prestazione ricevuta avviene, secondo quanto previsto dall'art. 1443 c.c., solo nei limiti in cui questa è stata rivolta a vantaggio dell'incapace.

Come già innanzi accennato, gli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, incidendo in maniera radicale sulla capacità di agire del destinatario del provvedimento, determinano un'intensa compressione della sua essenza ontologica e valoriale, impedendo allo stesso il compimento non solo degli atti patrimoniali, bensì anche dei cd. "atti personalissimi" attraverso i quali tale essenza tradizionalmente si esprime nel mondo giuridico.

Merita infatti segnalare che l'art. 591 c.c., vivificando nell'area successoria la regola generale dei cui all'art. 2 c.c., prevede espressamente l'incapacità di fare testamento per coloro i quali sono interdetti per infermità di mente, in tal modo precludendo agli stessi la possibilità di perpetuare la propria personalità successivamente alla morte<sup>95</sup>.

---

dopo la nomina del tutore provvisorio, qualora alla nomina segua la sentenza di interdizione» e al comma 3 che «possono essere annullati su istanza dell'inabilitato o dei suoi eredi o aventi causa gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione fatti dall'inabilitato, senza l'osservanza delle prescritte formalità, dopo la sentenza d'inabilitazione o dopo la nomina del curatore provvisorio, qualora alla nomina sia seguita l'inabilitazione». Si rammenta altresì che, in base al primo comma di tale disposizione, la sentenza che determina l'interdizione può stabilire che alcuni atti di ordinaria amministrazione possono essere compiuti dall'interdetto senza l'intervento ovvero con l'assistenza del tutore.

<sup>94</sup> Interessanti, sul punto, le osservazioni di C. M. BIANCA, *Diritto civile, vol. I, cit.*, 231 ss., il quale evidenzia che gli effetti dell'interdizione e dell'inabilitazione si riflettono sulla capacità negoziale, extraneogoziale e processuale della persona, risultando interessata la sfera di attività relativa al compimento e alla ricezione di atti negoziali, quella relativa al compimento e alla ricezione di atti giuridici in senso stretto (attività extraneogoziale) e quella necessaria ad esercitare le azioni e ad essere convenuto in giudizio dinanzi all'Autorità Giudiziaria.

<sup>95</sup> Si rammenta, però, che, pur essendo l'interdetto privo della capacità di testare, mantiene intatta la capacità di succedere, fermo restando che l'accettazione di eredità può essere effettuata dal tutore solo con beneficio di inventario.

Di rilievo non minore è l'art. 85 c.c., che fa divieto all'interdetto per infermità di mente di contrarre matrimonio, in tal modo suscitando le critiche di parte della dottrina, ferma nel sostenere che l'incapacità di intendere e di volere non implica necessariamente l'"incapacità di amare"<sup>96</sup>.

E, ancora, occorre far riferimento all'art. 774 c.c., che inibisce all'interdetto l'utilizzo di un altro strumento di estrinsecazione della personalità, ossia la donazione, contratto la cui stipula è riservata a coloro i quali hanno la piena capacità di disporre dei propri beni<sup>97</sup>.

Peraltro, le limitazioni surriferite acquistano particolare afflittività in quanto, trattandosi di "atti personalissimi", qualificati tali poiché strettamente legati alla piattaforma di valori che costituisce l'individuale ed intangibile *imprinting* di fondo di ogni essere umano, il compimento degli stessi è vietato anche al tutore, che non può sostituirsi all'incapace in scelte indissolubilmente legate alla categoria ontologica dell'"essere", piuttosto che a quella dell'"avere"<sup>98</sup>.

Chiaramente, di minore intensità sono le limitazioni operanti in riferimento all'inabilitato, il quale può liberamente disporre per testamento e contrarre matrimonio, mentre, ai sensi dell'art. 776 c.c., permane l'annullabilità della

---

<sup>96</sup> A. VENCHIARUTTI, *Infermità di mente*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 1991, 152 ss.; cfr. anche C. M. BIANCA, *La protezione giuridica del sofferente psichico*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1985, 25 – 37.

<sup>97</sup> Ancora una volta, sussiste la possibilità per l'interdetto di ricevere un bene in donazione, che in tal caso deve essere accettata dal tutore previa autorizzazione del giudice tutelare.

<sup>98</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. I, 21 luglio 2000, n. 9582. Si rammenta che nella categoria degli "atti personalissimi", il cui compimento è vietato anche al tutore, è possibile annoverare anche il riconoscimento del figlio naturale, l'esercizio del diritto di voto e la presentazione della domanda di rettificazione di attribuzione di sesso *ex art. 2, L. n. 194/1978*. Tuttavia, la legge conferisce al tutore specifici poteri in materie che riguardano interessi strettamente personali dell'interdetto; ad esempio, il tutore ha la possibilità di impugnare il matrimonio contratto dall'interdetto, il riconoscimento del figlio naturale effettuato dall'interdetto, nonché promuovere l'azione di disconoscimento della paternità e di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale.

donazione fatta dallo stesso, anche se anteriore alla sentenza di inabilitazione o alla nomina del curatore provvisorio, e ciò prescindendo dalla prova della mala fede del donatario. Tuttavia, l'art. 774 c.c. contiene una eccezione a tale regola generale, consentendo all'inabilitato, così come al minore e al minore emancipato, di fare donazioni a favore del futuro coniuge nel contratto di matrimonio con l'assistenza del curatore<sup>99</sup>.

Ad ogni modo, tutte le surriferite limitazioni operanti in materia di atti personalissimi, pur alimentando interessanti confronti dottrinari concernenti l'opportunità delle stesse, risultando provviste di specifico aggancio normativo, sicché la concreta operatività delle stesse e la relativa portata non è mai risultata in dubbio nella pratica giurisprudenziale.

Perplessità di non poco momento, legate a riflessioni di matrice etico – filosofica prima ancora che giuridica, sono invece sorte nell'individuazione dei limiti del potere di rappresentanza del tutore in riferimento ai trattamenti sanitari cui deve essere sottoposto l'interdetto, con particolare riferimento alla possibilità di prestare il consenso (o dissenso) informato per conto dello stesso; e ciò in considerazione della circostanza che il tutore, in base al combinato disposto degli artt. 357 e 424 c.c., è tenuto alla «cura della persona» dell'interdetto, così come di quella del minore, sicché la risposta al suddetto interrogativo non può che rinvenirsi delineando i confini di tale evanescente locuzione. D'altra parte, tale dibattito, nel corso degli ultimi anni, si è intensificato in misura direttamente proporzionale all'ampliamento delle prospettive di scelta del fine vita innescato dallo sviluppo tecnologico, che ha portato alla luce un drammatico bisogno di regole, concentrando la riflessione sul versante giuridico<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> M. PINI, *Incapacità naturale, interdizione e inabilitazione: commento alla disciplina vigente e al progetto di legge in materia di amministrazione di sostegno*, Milano, 2003, 109 – 115.

<sup>100</sup> S. RODOTÀ, *Se la legge regola la vita e la morte*, in *La Repubblica*, 18 settembre 2008. La tematica del fine vita si presenta oggi particolarmente complessa e la riflessione etica ad essa collegata tende sempre più a soffermarsi sulle questioni inerenti

Ebbene, la «cura della persona» è tradizionalmente concepita dalla dottrina quale frammento di tutela delle persone deboli ben distinto rispetto all'amministrazione del patrimonio e consistente nell'attività diretta al soddisfacimento delle esigenze morali e, più in generale, di natura non patrimoniale, riferibili all'interdetto, tale da ricomprendere anche le decisioni concernenti la salute. Più precisamente, sia per quanto concerne le scelte relative all'istruzione ed all'educazione, sia per quanto concerne le scelte di cura della salute, il tutore è tenuto a sottoporre le proprie proposte al giudice tutelare ed a seguire le direttive impartite dal magistrato, con significativi poteri di impulso delle decisioni dell'Autorità Giudiziaria, giustificati dal rapporto diretto con il minore, che lo pone in condizione di interpretare al meglio le sue più intime esigenze e di elaborare le conseguenti soluzioni pratiche<sup>101</sup>.

Ciò nondimeno, fino ad un passato piuttosto recente, la giurisprudenza di legittimità si esprimeva negativamente circa la sussistenza in capo al tutore del potere di rifiutare un trattamento salvavita, considerando le numerose norme codicistiche che conferiscono allo stesso specifici poteri in materie attinenti ad interessi strettamente personali<sup>102</sup> come elementi sintomatici della non configurabilità, in capo al tutore, di un generale potere di rappresentanza con riferimento agli atti personalissimi e, in specie, con riferimento alla richiesta di sospensione dell'alimentazione artificiale. Peraltro, secondo tale orientamento, la conferma dell'inesistenza di un siffatto potere si rinviene nell'art. 346 c.c., che prevede la necessità della

---

la vita e la morte per via dell'artificialità attraverso cui il progresso scientifico consente di superare i tradizionali limiti dell'esistenza, come sottolineato in S. CORTESE, *Il ruolo della famiglia legittima*, cit., 375 ss., soffermandosi particolarmente sul ruolo dei componenti del nucleo familiare e della famiglia nel suo complesso in riferimento alle scelte di fine vita.

<sup>101</sup> P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile*, cit., 939 ss.

<sup>102</sup> Può farsi riferimento, a titolo esemplificativo, all'art. 119 c.c., che conferisce al tutore il potere di impugnare il matrimonio contratto dall'interdetto, nonché il successivo art. 245 c.c., che consente l'impugnazione del riconoscimento di figlio naturale effettuato dallo stesso.



nomina, da parte del giudice tutelare, non appena avuta notizia del fatto da cui deriva l'apertura della tutela, oltre che del tutore, anche del protutore<sup>103</sup>. Ma un'interpretazione siffatta cela in sé l'incontenibile rischio di produrre ingiustificate discriminazioni tra malati capaci ed incapaci, potenzialmente determinando la caduta di questi ultimi in un processo indesiderato del morire che tradirebbe il senso dato da ciascuno di essi alla vita nel suo complesso; e ciò adducendo la giustificazione di un superiore dovere di beneficenza<sup>104</sup>, che imporrebbe a tutti i costi di tenere in vita i pazienti che non hanno la possibilità di esprimere personalmente il loro consenso o dissenso informato, anche laddove non vi sia più alcuna "salute" da recuperare<sup>105</sup>.

Trattasi, del resto, di impostazione che lascia intravedere, al fondo, la distinzione scolastica tra atti e fatti giuridici, fondata sulla considerazione che i fatti si differenziano dagli atti perché non sono manifestazioni di volontà, ma accadimenti naturali, estranei alla volontà del soggetto, delineando un'area nella quale si inseriva fisiologicamente anche la fine

---

<sup>103</sup> Cass. civ., Sez. I, 20 aprile 2005, n. 8291, ove si precisa, altresì, che tali conclusioni non si pongono in contrasto con la Convenzione di Oviedo – della quale la legge 28 marzo 2001, n. 145 ha autorizzato la ratifica – dal momento che tale Convenzione prevede che il rappresentante legale (o comunque un'apposita autorità od altro soggetto) possa esprimere il consenso che l'incapace non è in condizione di dare (art. 6), ma non preclude ai singoli Stati di fissare condizioni specifiche per la validità della prestazione di tale consenso sostitutivo; cfr. anche Cass. civ., Sez. I, 21 luglio 2000, n. 9582.

<sup>104</sup> Ad un etereo principio solidaristico di fondo sembra fare riferimento Trib. Lecco, decr. 20 dicembre 2005, Englaro.

<sup>105</sup> S. BARTOLOMMEI, *Corpo e cura di sé alla fine della vita*, cit., 308. Seguendo tale ultima impostazione, la giurisprudenza di legittimità sembra concretizzare il pensiero etico – religioso in base al quale se il mondo è colmo di Dio e pieno di senso, l'essere che spetta all'uomo e al mondo è indefettibile e l'uomo che, anche nelle sue fasi terminali, avrà amato e rispettato la vita conquisterà un'eternità gloriosa; cfr., sul punto, G. LISSA, *Un'etica della responsabilità per i processi di fine vita*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013, 199. Ripercorre la vicenda approfondendo gli aspetti giudiziari Corte app. Milano, decreto 9 luglio 2008, n. 88.

della vita, profilandosi una responsabilità civile e penale in caso contrario<sup>106</sup>.

In tempi più recenti si è però verificato un radicale ribaltamento di tale visuale prospettica, maturato nell'ambito della drammatica vicenda relativa ad Eluana Englaro, giovane donna trovata in stato vegetativo permanente a seguito di un grave incidente stradale avvenuto il 18 gennaio 1992, il cui padre, in veste di tutore, ha più volte richiesto l'interruzione dell'alimentazione artificiale, considerata un inutile accanimento terapeutico<sup>107</sup>. Infatti, la Corte di cassazione è intervenuta su tale vicenda con una pronuncia di portata epocale<sup>108</sup>, che ha riscritto il quadro di tutela della persone deboli prestando particolare attenzione alla piattaforma valoriale costruita dalla Costituzione.

Nel rispondere alle istanze solidaristiche veicolate dal tutore della Englaro, i giudici di legittimità intervengono risolvendo una questione preliminare, e cioè affermando che l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino naso gastrico costituiscono a tutti gli effetti un trattamento sanitario; esse integrano infatti un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici e che consiste nella somministrazione di composti chimici implicanti l'utilizzo di procedure tecnologiche, secondo una qualificazione convalidata dalla comunità scientifica internazionale. E tale precisazione non è di poco momento in quanto, ove la Corte non l'avesse

---

<sup>106</sup> P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Torino, 2008, 8.

<sup>107</sup> Per una ricostruzione della vicenda umana e politica di Eluana Englaro, M. MORI, *Il caso Eluana Englaro*, Bologna, 2008; cfr. anche Id., *Fascicolo speciale su Eluana Englaro*, in *Bioetica rivista interdisciplinare*, 1 – 2, Anno XVII.

<sup>108</sup> Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748; emblematica, in riferimento alla portata rivoluzionaria della sentenza, è la circostanza che la Suprema Corte inaugura il suo percorso motivazionale affermando che «il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale», risultando ciò «conforme al principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé».

effettuata, si sarebbe potuto ritenere il principio di diritto applicabile alla sola alimentazione artificiale, mentre emerge dalla motivazione della sentenza l'intento di riferire la propria efficacia alla totalità dei trattamenti sanitari<sup>109</sup>.

Ciò posto, gli ermellini proseguono osservando che il combinato disposto degli artt. 357 e 424 c.c., codificando il concetto di «cura della persona», investe il tutore della legittima posizione di soggetto interlocutore dei medici nel decidere sui trattamenti sanitari da praticare in favore dell'incapace<sup>110</sup>, il quale deve considerarsi persona in senso pieno, cui deve essere garantita la tutela dei diritti fondamentali, a partire dal diritto alla vita e dal diritto alle prestazioni sanitarie, a maggior ragione perché in condizioni di estrema debolezza e non in grado di provvedervi autonomamente.

D'altra parte, tale interpretazione rinviene il proprio radicamento proprio nel tessuto normativo, dovendosi fare riferimento all'art. 4, D.Lgs. n. 211/2003, in base al quale la sperimentazione clinica sugli adulti incapaci che non hanno dato il loro consenso prima che sorgesse l'incapacità è possibile a condizione che «sia stato ottenuto il consenso informato del legale rappresentante», che «deve rappresentare la presunta volontà del soggetto». Nel medesimo senso depone, inoltre, l'art. 6 della Convenzione di Oviedo, ove prevede che «quando, secondo la legge, un minore non ha la capacità di dare consenso a un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge (...)»<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> A. SIMONCINI, O. CARTER SNEAD, *Persone incapaci e decisioni di fine vita*, cit., 13.

<sup>110</sup> In tale passaggio, la Suprema Corte riconosce il medesimo potere anche all'amministratore di sostegno, precisando, però, che il decreto di nomina deve contenere l'indicazione degli atti che questo è legittimato a compiere a tutela degli interessi del beneficiario.

<sup>111</sup> La Corte di cassazione richiama anche l'art. 13 della L. n. 194/1978 (cd. "Legge sull'aborto"), a tenore del quale la richiesta di interruzione volontaria della gravidanza

Tuttavia, proprio il carattere personalissimo del diritto alla salute, inescindibilmente legato a valutazioni che trovano il loro fondamento in concezioni di natura etica o religiosa squisitamente soggettive, comporta che non può considerarsi trasferito al tutore un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di incoscienza, dovendosi piuttosto ritenere che questo sia sottoposto ad un duplice ordine di vincoli. Da un lato, è tenuto ad agire nella ricerca del *best interest*, ossia nell'esclusivo interesse dell'incapace; dall'altro, deve decidere «non “al posto” dell'incapace né “per” l'incapace, ma “con” l'incapace, e cioè ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche»<sup>112</sup>.

Dunque, sulla scorta di tali considerazioni, la decisione finale del giudice, veicolata dalla richiesta del tutore, può essere nel senso dell'autorizzazione dell'interruzione del trattamento sanitario soltanto quando sussistano due presupposti: in primo luogo, la condizione di stato vegetativo, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, deve essere del tutto irreversibile, non sussistendo alcun fondamento medico che lasci supporre una benché minima possibilità di recupero della coscienza e della percezione del mondo esterno; inoltre, l'istanza interruttiva deve essere «realmente espressiva in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti,

---

può essere presentata, oltre che dalla donna interdetta personalmente, anche dal tutore, la cui richiesta deve essere però confermata dalla donna stessa.

<sup>112</sup> Tali vincoli risultano legati proprio ai referenti normativi summenzionati, il primo radicandosi nell'art. 6 della Convenzione di Oviedo, che impone di correlare al «*bénéfice direct*» dell'interessato la scelta terapeutica effettuata dal rappresentante; il secondo nell'art. 5, D.Lgs. n. 211/2003, ai cui sensi il consenso del rappresentante legale alla sperimentazione clinica deve corrispondere alla presunta volontà dell'adulto incapace.

della voce del rappresentato, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona». Solo approfondendo questa riflessione si riveste di moralità l'atto eutanasico passivo, perseguendo la convinzione che alla vita umana deve essere garantita una condizione di benessere valutata come tale da colui che chiede di morire<sup>113</sup>.

E tali presupposti sono stati considerati sussistenti nel caso di specie, con conseguente accoglimento del ricorso presentato dal padre e tutore di Eluana, Beppino Englaro.

In definitiva, quella della Suprema Corte è una pronuncia dal sapore epocale, che conferisce una inedita centralità alla salvaguardia della persona incapace e della sua essenza, riaffermando l'istituto della tutela quale principale strumento per la gestione del rapporto terapeutico e corroborando tale affermazione con appositi richiami normativi, dall'altro definendo puntualmente i limiti del medesimo senza mancare di equilibrio e di originalità. In particolare, se in base ad un'etica di matrice teologica è difficile giustificare una differenza tra eutanasia attiva ed eutanasia passiva, dal momento che la conseguenza è sempre la stessa, per un'etica del reciproco rispetto, che pare emergere dalla pronuncia di legittimità, anche il diritto di morire la propria personalissima morte fa parte del poliedrico

---

<sup>113</sup> E. D'ANTUONO, *Bioetica, cit.*, 82. Dalla giurisprudenza di legittimità emergono riflessioni in parte sovrapponibili a quelle di M. CHARLESWORTH, *L'etica della vita, cit.*, 25, il quale osserva che una persona deve avere la possibilità di decidere di "sacrificare" la propria vita o rifiutare trattamenti medici in determinate circostanze, sapendo che come conseguenza ne morirà, se pensa che continuare ad esistere sarebbe moralmente privo di senso perché non sarebbe più un agente morale autonomo capace di rendere la propria vita significativa; sicché, a fronte del riconoscimento di tale diritto di mettere fine alla propria vita, non si può essere penalizzati dalla legge per il solo esercizio del diritto stesso e deve offrirsi al malato la possibilità di rivolgersi ad un terzo per ottenere un aiuto sia quanto alla manifestazione di volontà sia nella eventuale somministrazione di cure idonee a provocare la morte.

concetto di dignità umana<sup>114</sup>. E se la tutela del diritto a lasciarsi morire è garantita nei confronti dei soggetti capaci, in virtù dell'incoercibilità dei trattamenti sanitari, a maggior ragione deve essere predisposta in riferimento ai soggetti più deboli<sup>115</sup>, per i quali la giurisprudenza ha elaborato la soluzione del recupero delle volontà pregresse.

La soluzione elaborata è infatti piuttosto affidabile. Se ad essere preso in considerazione fosse soltanto il miglior interesse del malato, prescindendo dalla sua identità, il compito del tutore risulterebbe grandemente sminuito, mentre assumerebbe rilievo preponderante il giudizio del medico circa la gravità e reversibilità dello stato clinico, innescando pericolosi automatismi tali da svalutare completamente eventuali manifestazioni di volontà intervenute prima della caduta in stato vegetativo. Nondimeno, anche a queste manifestazioni di volontà soggettiva non può attribuirsi valore insindacabile, dovendosi rapportare le stesse alla concreta situazione del malato, tenendo conto della eventuale dissociazione tra il momento in cui il volere viene espresso e quello in cui è destinato a essere applicato<sup>116</sup>, nonché della eventuale discontinuità tra gli stati di identità della persona<sup>117</sup>. Seguendo tale ordine di idee, elaborato dalla giurisprudenza più avvertita, si riesce a conferire uno specifico significato alla morte, che diviene un evento carico di senso scelto dalla libertà. In tale ottica, la morte è fine e compimento insieme: la prova decisiva della condizione umana, «nella quale si può trovare un senso che rimanda ad una speranza o a Dio, o

---

<sup>114</sup> M. ARAMINI, *Introduzione alla Bioetica*, cit., 118.

<sup>115</sup> S. RODOTÀ, *Perché laico*, Bari, 2009, 99.

<sup>116</sup> Sul punto, R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, trad. it. di C. BAGNOLI, Milano, 1994.

<sup>117</sup> E. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2008, 20363 ss.

negare qualsiasi senso attraverso l'affermazione della propria autonomia assoluta»<sup>118</sup>.

Tale ordine di idee elaborato dalla giurisprudenza di legittimità, a distanza di qualche anno, trova piena conferma anche presso la giurisprudenza amministrativa<sup>119</sup>, chiamata anch'essa ad occuparsi della travagliata vicenda Englaro ed in specie dell'impugnazione del provvedimento, già censurato ed annullato in primo grado, con cui la Direzione Generale della Sanità della Regione Lombardia respingeva la richiesta avanzata da Beppino Englaro di mettere a disposizione una struttura per la sospensione dei trattamenti di sostegno vitale, in seguito all'autorizzazione rilasciata dalla Corte d'appello di Milano<sup>120121</sup>.

In particolare, i giudici del Consiglio di stato, ponendosi nel solco interpretativo tracciato dai giudici di legittimità e dichiarando l'infondatezza del rifiuto opposto dalla Regione Lombardia, hanno colto l'occasione per ribadire che il principio personalistico che anima la nostra Costituzione costituisce un valore etico in sé e guarda al limite del "rispetto della persona umana" in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive. Da ciò consegue il recepimento di una concezione di "cura" che non può coincidere con ciò che l'Amministrazione ritiene di proporre o

---

<sup>118</sup> M. ARAMINI, *Introduzione alla Bioetica*, cit., 433. Detto in altre parole, la morte può diventare l'atto per eccellenza, nel quale l'uomo afferma la sua fede nel senso della vita o la sua disperazione.

<sup>119</sup> Cons. St., Sez. VI, 2 settembre 2014, n. 4460.

<sup>120</sup> Nota del 3 settembre 2008 della Regione Lombardia; in realtà, tale provvedimento non metteva in discussione il principio di diritto affermato dalla Corte di cassazione, ma negava che la sospensione di un trattamento di sostegno vitale rientrasse nelle prestazioni che il S.S.N. è tenuto ad erogare. La Corte d'appello di Milano autorizzava il tutore a richiedere la sospensione dei trattamenti di sostegno vitale con decreto del 9 luglio 2008.

<sup>121</sup> Per un approfondimento circa la strutturazione organizzativa della Regione Lombardia in riferimento ai compiti di protezione giuridica delle persone deboli, AA. VV., *Amministrazione di sostegno e tutela della persona fragile*, in *Tendenze nuove*, 4, 2011, 357 – 363.

imporre al paziente, in una visione autoritativa di salute che coincida solo con il principio di beneficalità; piuttosto, la “cura” deve consistere nel «contenuto, concreto e dinamico, dell’itinerario umano, prima ancor che curativo, che il malato ha deciso di costruire, nell’alleanza terapeutica con il medico e secondo scienza e coscienza di questo, per il proprio benessere psico-fisico, anche se tale benessere, finale e transeunte, dovesse preludere alla morte»<sup>122</sup>. D’altronde, opinando in senso contrario, si andrebbe a misconoscere completamente un approccio sanitario ispirato al concetto di “qualità della vita”, fondando le decisioni mediche in via esclusiva sul principio di inviolabilità della vita, con esiti frequentemente «cattivi e paradossali»<sup>123</sup>; ma non può non tenersi conto della progressiva dissipazione subita dalla concezione sacrale di tale principio, legata ai grandiosi sviluppi storici, filosofici e scientifici del moderno che hanno progressivamente insinuato nelle coscienze la consapevolezza che la vita non è propriamente un dono elargito da una potenza sovranaturale in grado di orientarla verso esiti luminosi<sup>124</sup>.

Il tutto senza tralasciare di considerare che l’accento posto sulla individualità dell’idea di cura e sul valore prescrittivo dell’identità del paziente ai fini delle scelte terapeutiche, valorizza enormemente la funzione dei familiari e, in generale, delle persone vicine al malato, anche se non gravate da una specifica funzione di protezione. Infatti, detti soggetti

---

<sup>122</sup> Sul diritto di morire quale punto emblematico della “pluralizzazione culturale”, A. D’ALOIA, *Diritto di morire? La problematica*, cit., 601 ss.

<sup>123</sup> C. A. DEFANTI, *La qualità della vita*, cit., 366 ss., ove si rinviene una interessante riflessione sulla deriva nazista della bioetica, con particolare riferimento al lavoro di Binding e Hoche; cfr. anche K. BINDING, A. HOCHÉ, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihre Mass und ihre Form*, Leipzig, 1920; in tale lavoro viene sviluppato uno degli argomenti retoricamente più forti degli oppositori dell’approccio della “qualità della vita”, consistente nella considerazione che proprio attraverso tale approccio si giunge a svalutare talune vite umane catalogando le stesse quali vite non degne di essere vissute.

<sup>124</sup> G. LISSA, *Un’etica della responsabilità*, cit., 197. L’Autore evidenzia l’odierna irreplicabilità dei ragionamenti tipici dell’uomo medioevale, incalzato durante le sue faticosissime giornate da una sola angoscia, quella della salvezza ultraterrena.



assumono in riferimento all'incapace il delicatissimo ruolo di «testimoni dell'identità», divenendo le manifestazioni di volontà e le manifestazioni di identità «ugualmente rilevanti per la determinazione dell'accettabile o del non accettabile quanto alle scelte di cura».<sup>125</sup>

E, comunque, secondo il Supremo Consesso di giustizia amministrativa, non spetta alla Regione sollevare un'obiezione di coscienza della struttura sanitaria, attenendo detta obiezione al foro interno del singolo e non certo all'istituzione pubblica. Dunque, in considerazione dei principi surriferiti, deve aderirsi ad una nuova concezione della prestazione sanitaria rispondente alle esigenze più profonde di un moderno diritto amministrativo prestazionale volto all'erogazione di essenziali livelli di assistenza sanitaria<sup>126</sup>; ed «in questi livelli devono rientrare, pena l'incostituzionalità di un simile sistema, anche le cure connesse e conseguenti alla volontà di interrompere un trattamento sanitario di sostegno vitale (...), né la carenza del quadro normativo in materia (...) può esimere l'Amministrazione sanitaria dall'erogare un doveroso servizio, come quello di cura del malato nel senso sopra inteso». Dunque, l'obbligo di *facere* gravante sull'amministrazione non discende solo dalla volontà del malato ma anche dal generale principio solidaristico consacrato dal nostro testo costituzionale, che impone allo Stato di aiutare la persona

---

<sup>125</sup> P. ZATTI, *Consistenza e fragilità dello ius quo utimur in materia di relazione di cura*, in *Nuova giur. civ.*, 1, 2015, 20020 ss.; cfr. anche A. MACCARO, M. MILITERNI, *Famiglia contemporanea tra biodiritto*, cit., ove si evidenzia che la famiglia è il primo spazio etico in cui l'individuo si viene a formare e che egli stesso contribuisce a formare e all'interno del quale, dunque, pare ragionevole si preferisca congedarsi dall'esistere; inoltre, la famiglia è depositaria di quello che il soggetto è stato, della sua memoria e del suo vissuto, dovendosi necessariamente appellare la stessa per la ricostruzione della sua "volontà presuntiva".

<sup>126</sup> Sul punto, cfr. anche Cons. St., Sez. III, 17 dicembre 2013, n. 6024. Per una riflessione sul costo delle spese sanitarie pubbliche per i trattamenti di fine vita, G. CLERICO, *Il valore della vita alla fine della vita. Una valutazione della spesa sanitaria per gli anziani e i malati terminali*, in *Tendenze nuove*, 4, 2009, 401 ss.

nell'eliminazione degli ostacoli che gli impediscono di realizzare pienamente la sua personalità, soprattutto nel suo percorso di sofferenza<sup>127</sup>. Valga infine segnalare, nella ricostruzione di tale avveniristico percorso giurisprudenziale che, facendo applicazione di tali coordinate, con un recente pronunciamento il Tar Lombardia ha messo la parola fine alla “vicenda Englaro”, condannando la Regione Lombardia a risarcire la famiglia Englaro dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti in conseguenza degli atti con i quali aveva respinto la richiesta finalizzata ad ottenere la messa a disposizione di una struttura per il distacco del sondino naso – gastrico che alimentava e idratava artificialmente la figlia. E ciò in conseguenza della lesione del diritto di autodeterminazione della Englaro in ordine alla scelta di non ricevere cure, nonché del diritto all'effettività della tutela giurisdizionale, compromesso dalla mancata attuazione del decreto emesso il 9 luglio 2008 dalla Corte d'appello di Milano<sup>128129</sup>.

In definitiva, alle sentenze in commento va riconosciuto il grande merito di aver illuminato e sistematizzato un settore caratterizzato, in mancanza di uno specifico intervento normativo e della delicatezza dei valori coinvolti, da profonde incertezze. Finalmente si è conferita concretezza ad un'espressione, «cura della persona», contenuta nell'art. 357 c.c., dai tratti

---

<sup>127</sup> Per una più approfondita riflessione sul punto, A. PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2011, 127 ss., il quale osserva che, a seguito dell'accoglimento di una siffatta nozione di salute «la dimensione di doverosità del servizio sanitario si arricchisce quindi di profili di tutela che non possono ridursi alla semplice predisposizione e fornitura di prestazioni mediche», prefigurandosi «oneri di prestazione che coinvolgono innanzi tutto l'organizzazione dei servizi, suggerendo una serie adempimenti necessari a garantire l'informazione che deve precedere il consenso, la libera, consapevole e attuale espressione di esso e, infine, la piena realizzazione di quanto da ciò è scaturito (...)».

<sup>128</sup> Tar Lombardia, Milano, Sez. III, 6 aprile 2016, n. 650. Particolarmente significativo il passaggio della sentenza nel quale i giudici amministrativi affermano che: «Né, a tal fine, si possono invocare motivi di coscienza, in quanto a chi avanza motivi di coscienza si può e si deve obiettare che solo gli individui hanno una “coscienza”, mentre la “coscienza” delle istituzioni è costituita dalle leggi che le regolano».

<sup>129</sup> Per l'analisi relativa alla gestione di un caso analogo nell'ordinamento francese, C. CASONATO, *Un diritto difficile. Il caso Lambert fra necessità e rischi*, in *Nuova giur. civ.*, 9, 2015, 20489 ss.

sfuggenti; e ciò consacrando un concetto di cura fondato sul principio personalistico, che rende illegittima ogni forma di strumentalizzazione beneficiale della persona stessa<sup>130</sup>, nonché puntualizzando che, onde evitare che l'autonomia regionale e locale si trasformi in anarchia, occorre che ogni organo dello Stato si uniformi ad un principio unitario e di ordine superiore, i cui tratti contenutistici non possono che essere ricostruiti attingendo ai valori fondamentali cristallizzati dalla Costituzione<sup>131</sup>.

Peraltro, in tale evoluzione interpretativa si coglie l'indefettibile esigenza di valorizzare l'istituto giuridico dell'interdizione per colmare gli "spazi liberi dal diritto" entro i quali possono pericolosamente insinuarsi larvate forme di annientamento della persona nella sua dimensione più intima. Perseguendo tale obiettivo, la giurisprudenza delle corti supreme lascia espandere la propria ermeneusi in un ambito nel quale il grande assente continua ad essere il legislatore.

Ma se tale sforzo interpretativo può considerarsi certamente apprezzabile, d'altro canto non può tralasciarsi di considerare che gli istituti dell'inabilitazione e, soprattutto, dell'interdizione, rimangono interiormente legati ad una logica custodiale e stigmatizzante<sup>132</sup>, fondata sulla totale eliminazione della capacità giuridica del malato, senz'altro inidonea a

---

<sup>130</sup> Sotto questo profilo, riprendendo le idee già magistralmente espresse da S. LESSONA, *La tutela della salute pubblica*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI (diretto da), *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, vol. I, Firenze 1950, 338 ss.

<sup>131</sup> E. BERTRANDT CATTINARI, G. BAROZZI REGGIANI, *Cura della salute e diritto amministrativo prestazionale. Al Consiglio di Stato l'ultima parola sul caso Eluana Englaro*, in *Bioetica rivista interdisciplinare*, 3 – 4. Anno XXII, 379 ss., ove si osserva che il senso della devoluzione delle competenze amministrative a livello locale risiede proprio nella maggiore vicinanza del Governo locale, ed in specie regionale, alle istanze sociali e dovrebbe, quindi, consentire una migliore e più consapevole promozione dello stato sociale. Cfr. anche L. ANTONINI, *Metodo della differenza versus metodo dell'uniformità*, in A. MASTROMARINO, J. MÀ CASTELLA ANDREU, (a cura di), *Esperienze di regionalismo differenziato. Il caso italiano e quello spagnolo a confronto*, Milano, 2009, 9.

<sup>132</sup> Come già si è avuto modo di osservare più approfonditamente sub. par. 2.

vivificare pienamente quella visione personalistica della vita che anima<sup>133</sup>, al fondo, le surriferite pronunce giurisprudenziali e le più illuminate riflessioni della dottrina.

### **2.2.3. *L'amministrazione di sostegno***

Acquisendo consapevolezza di tali esigenze, il legislatore è intervenuto sull'ordinamento civile con la L. n. 6/2004, il cui principale aspetto innovativo è costituito dall'introduzione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, disciplinato dagli artt. 404 – 413 c.c. e congegnato in guisa tale da porsi quale alternativa privilegiata alle tradizionali figure dell'interdizione giudiziale e dell'inabilitazione<sup>134</sup>.

Presupposto per la nomina dell'amministratore di sostegno è l'impossibilità, per il beneficiario, di provvedere autonomamente alla cura dei propri interessi, anche parziale o temporanea, dovuta ad infermità ovvero a menomazione psichica o fisica. Inoltre, il decreto di nomina proveniente dall'Autorità Giudiziaria deve contenere la puntuale indicazione degli atti che possono essere compiuti con la rappresentanza legale o con la sola assistenza dell'amministratore di sostegno, delineandone puntualmente i poteri e le attribuzioni sì da comprimere la

---

<sup>133</sup> Per una riflessione sulla vulnerabilità, spesso prevalentemente cognitiva e relazionale, dei soggetti anziani, G. BUFFONE, *La protezione giuridica dell'adulto incapace: l'anziano e l'amministrazione di sostegno*, in *Giur. merito*, 12, 2011, 2907B ss.; cfr. anche AA. VV., *Amministrazione di sostegno*, cit., 355 ss., ove si evidenzia, in premessa, che «in una società caratterizzata dall'invecchiamento della popolazione e dall'aumento della disabilità, diviene fondamentale individuare forme di assistenza e tutela della persona non solo sul versante clinico-assistenziale, bensì anche su quello di salvaguardia delle sue abilità».

<sup>134</sup> Significativo, in tal senso, è il principio contenuto nell'art. 1 della summenzionata L. n. 6/2004, a tenore del quale l'istituto dell'amministrazione di sostegno ha la finalità di «tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente». Peraltro, questa finalità è sottolineata da Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 440.

capacità agire del beneficiario solo nella misura qualitativamente e quantitativamente indispensabile alla adeguata salvaguardia della sua sfera giuridica.

La lista dei soggetti legittimati alla presentazione del ricorso, in base all'art. 406 c.c., coincide con quella operante per l'interdizione, in virtù del richiamo del contenuto dell'art. 417 c.c.<sup>135</sup>, mentre il successivo art. 407 c.c. impone al giudice tutelare di sentire personalmente la persona cui il procedimento si riferisce, onde poterne comprendere adeguatamente i bisogni e gli interessi. E la scelta dell'amministratore deve avvenire con esclusivo riguardo alla cura di tali interessi, ben potendo questo essere designato dallo stesso beneficiario in previsione di una propria futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata<sup>136</sup>. Al riguardo, si è rimarcata la necessità di valutare approfonditamente le qualità personali e relazionali dell'amministratore per valutarne la compatibilità con il beneficiario, onde evitare che quest'ultimo, già sofferente, oltre alla

---

<sup>135</sup> Più precisamente, l'art. 407 c.c. prevede che: «(...) Il giudice tutelare deve sentire personalmente la persona cui il procedimento si riferisce recandosi, ove occorra, nel luogo in cui questa si trova e deve tener conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste di questa (...)». Quanto al profilo procedimentale, si rammenta che, su ricorso di uno dei soggetti indicati dall' art. 406 c.c., il giudice tutelare provvede entro 60 giorni con decreto motivato immediatamente esecutivo, trattandosi di procedimento di volontaria giurisdizione. Il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno deve contenere: le generalità del beneficiario e dell'amministratore di sostegno; la durata dell'incarico, che può essere anche a tempo indeterminato; gli atti per il compimento dei quali il beneficiario necessita della rappresentanza legale o dell' assistenza dell'amministratore; i limiti, anche periodici, delle spese sostenibili dall'amministratore con l'utilizzo di somme del beneficiario; la periodicità con cui l'amministratore deve riferire al giudice. Quanto alla necessità della difesa tecnica nell'ambito del procedimento che conduce all'emanazione del decreto di nomina dell'amministratore di sostegno, C. CARACCIOLLO, *La Cassazione si pronuncia sulla necessità della difesa tecnica nell'amministrazione di sostegno*, in *Fam. pers. succ.*, 6, 2007, 543 ss.

<sup>136</sup> Il beneficiario può all'uopo utilizzare la disciplina contenuta nell'art. 408 c.c., con la precisazione, tuttavia, che la designazione da quest'ultima effettuata non vincola giuridicamente il giudice, il quale, al momento della nomina effettiva, deve certamente tenerne conto ma potrà anche far ricadere la sua scelta su altra persona ritenuta maggiormente idonea all'assolvimento del compito sopra descritto.

disabilità debba subire l'imposizione di un ulteriore elemento iatrogeno idoneo ad aggravare il suo stato psico – patologico<sup>137</sup>.

Chiaramente, gli atti compiuti dal beneficiario o dall'amministratore di sostegno in violazione di norme di legge o delle disposizioni contenute nel provvedimento del giudice che istituisce l'amministrazione stessa sono annullabili su istanza dell'amministratore, del pubblico ministero, del beneficiario o dei suoi eredi ed aventi causa, e ciò ai sensi dell'art. 412 c.c.<sup>138139</sup>

Alla luce di tali considerazioni introduttive, emerge netta la differenza intercorrente tra tale strumento ed i più risalenti istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione<sup>140</sup>.

Invero, l'amministrazione di sostegno appare maggiormente indirizzata alla salvaguardia del decoro e della dignità della persona debole, orientandosi verso il superamento del concetto di malattia come limitazione o come pericolo e ponendo l'accento sulle potenzialità che devono essere valorizzate, attraverso un sostegno che non deve tradursi in prevaricazione e che deve risultare rispettoso dei bisogni e dei desideri del disabile<sup>141</sup>.

---

<sup>137</sup> G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico – paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008, 270 – 271.

<sup>138</sup> Tale norma prevede anche che l'azione di annullamento si prescrive nel termine di cinque anni a far data dal giorno in cui sia cessato lo stato di sottoposizione ad amministrazione di sostegno.

<sup>139</sup> Per un approfondimento circa la disciplina giuridica dell'amministrazione di sostegno e circa l'inquadramento sistematico della stessa nell'ordinamento civile, F. MASCOLO, G. MARCOZ, *L'amministrazione di sostegno e l'impianto complessivo del codice civile*, in *Riv. not.*, 6, 2005, 1327 ss.

<sup>140</sup> La questione relativa ai criteri che il giudice deve adoperare nel perimetrare l'ambito operativo dell'amministrazione di sostegno da un lato e dell'interdizione ed inabilitazione dall'altro è già stata trattata sub par. 2, ove si fa riferimento alle coordinate ermeneutiche tracciate dalla Corte costituzionale, ed in particolare da Corte. Cost., 9 dicembre 2012, n. 440. Per un approfondimento sul punto, G. GLIATTA, *Prime applicazioni giurisprudenziali dell'amministrazione di sostegno*, in *Fam. pers. succ.*, 7, 2007, 645 ss.

<sup>141</sup> D. MORELLO DI GIOVANNI, *La tutela dei soggetti deboli nell'amministrazione di sostegno*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, Anno XXXVI, 542. L'Autrice evidenzia che l'istituto risulta animato, al fondo, dal cd. "principio di conservazione", che tende a valorizzare ogni spazio di autonomia del

A ciò deve aggiungersi che tale istituto presenta uno spettro operativo certamente più ampio rispetto all'interdizione, determinando il sostanziale ampliamento della categoria dogmatica dei cd. "soggetti deboli". Infatti, a venire in considerazione non sono esclusivamente le persone intrinsecamente fragili, in quanto afflitte da patologie cliniche ma, piuttosto, tutti gli esseri «che figurino precari, isolati, poveri di cittadinanza, eterodipendenti dall'esterno», gli individui non in grado di "farcela" «a gestire da soli i passaggi della vita quotidiana»<sup>142</sup>.

In definitiva, il legislatore introduce questo strumento al fine di coniugare la salvaguardia delle "persone deboli" con il "principio di gradualità", attuando una forma di tutela pienamente coerente con le esigenze assistenziali concrete del beneficiario, senza, tuttavia, realizzare un intervento eccessivamente invasivo della sua sfera giuridica o, addirittura lesivo della sua dignità. Risulta così assicurato il pieno equilibrio tra le esigenze di libertà e le esigenze di protezione della "persona debole", equilibrio spesso fortemente intaccato dalla eccessiva rigidità dell'interdizione e dell'inabilitazione<sup>143144</sup>.

E proprio l'aver dato vita ad nuovo sistema del diritto dei soggetti fragili, «dove la capacità è la regola e l'incapacità l'eccezione e dove ogni

---

beneficiario/amministrato, mediante la "conservazione" della sua capacità di agire, con carattere apertamente derogatorio dei limiti di capacità necessari al caso concreto.

<sup>142</sup> P. CENDON, R. ROSSI, *L'amministrazione di sostegno va rafforzata, l'interdizione abrogata*, in *Pol. dir.*, 3, Anno XXXVIII, 504. In particolare, l'Autore fa riferimento ai soggetti privi della «"fragranza burocratica"» necessaria a condurre convenientemente la vita quotidiana.

<sup>143</sup> A. DE SANTIS, *L'amministrazione di sostegno*, in *Spiaaldiritto*, 6/2013, da [www.spiaaldiritto.it](http://www.spiaaldiritto.it) (accesso del 01 – 10 – 2016), ove si rinviene una riflessione sulla natura giuridica dell'istituto che, da una parte si configura quale strumento di protezione della "persona debole", dall'altra rileva quale strumento restrittivo della capacità legale, secondo quanto previsto dall'art. 409 c.c.

<sup>144</sup> Per un approfondimento circa l'originaria ritrosia giurisprudenziale circa l'utilizzo dell'istituto dell'amministrazione di sostegno in luogo di quello dell'interdizione e circa la spinta diffusiva riconducibile alla giurisprudenza del Tribunale di Modena ed al lavoro del suo Presidente Guido Stanzani, R. MASONI, *Un decennio di amministrazione di sostegno: nuove esigenze e nuove risposte*, in *Dir. fam. pers.*, 3, 2014, 1127 ss.

patologia che indebolisce l'intelletto giustifica un intervento protettivo», porta ad interrogarsi circa l'opportunità del mantenimento in vita degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione e, con essi, della categoria giuridica dell'incapacità legale<sup>145</sup>. Sono infatti numerose le voci dottrinarie che auspicano un assorbimento di tali istituti nel più moderno strumento dell'amministrazione di sostegno<sup>146</sup>, valorizzando la possibilità, per il giudice tutelare, di estendere caso per caso l'applicazione al beneficiario di norme previste dal legislatore in riferimento agli interdetti e agli inabilitati, attraverso lo specifico richiamo delle stesse nel decreto di nomina, il cui scopo è quello di tenere conto delle peculiarità del caso concreto.

Tuttavia, anche l'istituto dell'amministrazione di sostegno presenta delle lacune funzionali di non poco momento. Invero, la prospettiva progettuale assunta dalla riforma del 2004 appare senz'altro apprezzabile, in quanto orientata al superamento del paradosso fra titolarità ed esercizio delle situazioni soggettive esistenziali, ma la novella giuridica, a ben vedere, lascia parzialmente scoperte proprio alcune delle aree che specificamente si prefiggeva di salvaguardare, ossia quelle a contenuto personale e personalissimo<sup>147</sup>.

Occorre infatti evidenziare che, secondo quanto previsto dalla disciplina normativa, l'amministrato rimane capace di compiere tutti gli atti personalissimi che non gli risultino espressamente vietati dal decreto del

---

<sup>145</sup> A. GORGONI, *I nuovi rimedi*, cit., 630 ss.

<sup>146</sup> Fra le tante, P. CENDON, R. ROSSI, *L'amministrazione di sostegno va rafforzata*, cit., 503 ss.; cfr. anche C. M. BIANCA, *Premessa*, in S. PATTI (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005, 2 ss.; U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 993 ss.

<sup>147</sup> A. CORDIANO, *L'esercizio delle situazioni esistenziali del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, in *Dir. fam.*, 4, 2011, 1911 ss.; sul punto si sofferma anche S. VOCATURO, *L'amministratore di sostegno*, cit., 243.



giudice tutelare, ferma restando la possibilità di annullare gli stessi ove ricorrano i presupposti di cui al summenzionato art. 428 c.c.<sup>148</sup>

È possibile quindi che l'omessa previsione nel decreto dell'Autorità Giudiziaria di atti relativi alla sfera personale, in tal modo lasciati nella esclusiva disponibilità del beneficiario, comporti, di fatto, la mancata realizzazione dei suoi più intimi interessi, per la concreta impossibilità a porre in essere attività a carattere personale o personalissimo, risultando invece necessarie forme di assistenza al compimento di tali attività sostanzialmente assimilabili a quelle con cui il curatore sostiene e affianca la volontà del soggetto inabilitato<sup>149</sup>.

A ciò si aggiunge la tradizionale ritrosia giuridica ad ammettere il compimento, da parte dell'amministratore, di atti personalissimi per conto dell'incapace (matrimonio, testamento, donazione, interruzione della gravidanza, riconoscimento figlio naturale), in quanto atti troppo intimamente legati all'essenza personalistica di quest'ultimo. Difatti, il legislatore, affrontando la delicata questione relativamente alla figura dell'interdetto, ha derogato a questo principio generale in riferimento a singole e peculiari ipotesi, attraverso disposizioni normative di natura eccezionale<sup>150</sup>.

---

<sup>148</sup> Basti pensare che l'art. 591 c.c. esclude la capacità di testare in esclusivo riferimento a tre ipotesi, ossia l'incapacità naturale, l'interdizione giudiziale e la minore età, senza contemplare la multiforme ipotesi del soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno. E, ancora, quanto al matrimonio, che non esiste nell'ordinamento civile una disposizione che, al pari dell'art. 85 c.c. per l'interdetto, precluda al beneficiario dell'amministrazione di sostegno di sposarsi validamente.

<sup>149</sup> A. CORDIANO, *L'esercizio delle situazioni esistenziali*, cit., ove si osserva, sotto altro profilo che, allorquando il decreto si presenti in termini lacunosi, all'amministratore sembrerebbe precluso ogni intervento nella materia lasciata alla disponibilità del beneficiario, con la conseguenza che, anche in questa ipotesi, l'istituto può produrre l'effetto negativo di «svilire, più che di garantire, le istanze di promozione e garanzia della persona».

<sup>150</sup> Si faccia riferimento, ad esempio, all'art. 119 c.c., a tenore del quale: «Il matrimonio di chi è stato interdetto per infermità di mente può essere impugnato dal tutore, dal pubblico ministero e da tutti coloro che abbiano un interesse legittimo se, al tempo del matrimonio, vi era già sentenza di interdizione passata in giudicato, ovvero se la

E, proprio prendendo atto di tali profili di criticità, la giurisprudenza di merito ha tentato di elaborare efficaci soluzioni ermeneutiche, ammettendo che l'amministratore possa svolgere un'attività di assistenza dell'amministrato nel compimento di quegli atti personalissimi che non sono a questo espressamente vietati, ad esempio nella comprensione dei doveri e delle responsabilità morali e giuridiche sottese all'atto matrimoniale<sup>151</sup>.

Tuttavia, il dibattito giurisprudenziale non ha ancora raggiunto approdi ermeneutici rassicuranti quanto all'annosa questione concernente la possibilità, per l'amministratore di sostegno, di ingerirsi nella gestione dell'itinerario sanitario dell'amministrato; sicché, in assenza di una specifica presa di posizione legislativa, ancora oggi ci si interroga circa la possibilità di estendere applicativamente le coordinate ermeneutiche tracciate dalla più avvertita giurisprudenza di legittimità in riferimento alla possibilità per il tutore di manifestare il dissenso alla prosecuzione di un trattamento sanitario cui risulta sottoposto l'interdetto<sup>152</sup>.

#### ***2.2.3.1. Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari***

Il bene giuridico della salute, com'è noto, appartiene alla sfera non patrimoniale, e l'assunzione delle scelte relative ai trattamenti sanitari cui sottoporsi risulta strettamente legata all'essenza valoriale dell'individuo, rientrando nel campo degli atti personalissimi. Ne consegue che, in assenza

---

interdizione è stata pronunciata posteriormente ma l'infermità esisteva al tempo del matrimonio. Può essere impugnato, dopo revocata l'interdizione, anche dalla persona che era interdetta. L'azione non può essere proposta se, dopo revocata l'interdizione, vi è stata coabitazione per un anno».

<sup>151</sup> Innovativa, al riguardo, la soluzione adottata da Trib. Trieste, decreto 28 settembre 2007. Di particolare interesse risulta anche la soluzione elaborata da Trib. Varese, decreto 12 marzo 2012, in riferimento al ruolo dell'amministratore di sostegno nella redazione del testamento olografo.

<sup>152</sup> Per un'analisi approfondita di tali coordinate ermeneutiche, si veda il par. 2.2.

di una norma di legge che preveda espressamente la possibilità che l'amministratore di sostegno si affianchi o sostituisca il beneficiario nell'assumere decisioni sui trattamenti medici, permane il dubbio circa la possibilità di fare applicazione, a casi di questo tipo, dei principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in riferimento al cd. "Caso Englaro"<sup>153</sup>.

Piuttosto, l'art. 405, comma 4, c.c. e l'art. 408, comma 1, c.c. impiegano l'espressione «cura della persona»; il primo quale oggetto dei provvedimenti urgenti che può adottare il giudice tutelare; il secondo quale criterio che governa la scelta dell'amministratore di sostegno. Tuttavia, il legislatore non offre puntuali chiarimenti circa l'effettiva portata di tale locuzione.

Pertanto, in un quadro normativo costellato di incertezze, si sono insinuate alcune isolate pronunce della giurisprudenza di merito, dalle quali hanno tratto origine orientamenti tra loro discordanti.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, deve fornirsi al surriferito interrogativo risposta negativa, dal momento che l'art. 411 c.c., nell'individuare quali fra le norme dettate in materia di tutela siano applicabili all'amministrazione di sostegno, non richiama gli artt. 357, 358 e 371 c.c., all'interno dei quali trovano fondamento i poteri del tutore in ordine alla prestazione del consenso informato all'atto medico. Da ciò consegue l'assoluta impossibilità, per l'amministratore di sostegno, in quanto non legittimato da alcuna disposizione di legge, di autorizzare atti invasivi della sfera personale senza il consenso del beneficiario, pena la violazione della disciplina costituzionale vigente in materia di "diritto alla salute", improntata al "principio di autodeterminazione"<sup>154</sup>.

---

<sup>153</sup> Il riferimento è ai principi elaborati da Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748 e Cons. St., Sez. VI, 2 settembre 2014, n. 4460; cfr. par. 2.2.

<sup>154</sup> Trib. Torino, decreto 26 febbraio 2007. In tale provvedimento, aderendo ad una concezione ormai superata dalla dottrina più moderna, i giudici torinesi affermano anche che «qualora vi sia da proteggere un soggetto gravemente disabile perché affetto da vasto, cronico, profondo, irreversibile deficit intellettuale e psichico che lo rende del

Su di un versante opposto si è però attestata altra giurisprudenza di merito, ferma nel sostenere che, in ipotesi di soggetto incapace di esprimere autonomamente le proprie determinazioni, spetti al tutore/amministratore di sostegno prima, ed al giudice poi, il compito di procedere alla ricostruzione delle volontà del malato rispetto alle scelte di cura, attività che può essere resa più agevole dalla circostanza che il beneficiario abbia in passato espressamente dichiarato di consentire o meno a determinati trattamenti terapeutici o abbia impartito altre direttive concernenti la gestione del suo itinerario sanitario. D'altra parte, la legittimazione dell'amministratore di sostegno alla prestazione del consenso informato trova fondamento nell'art. 6 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e della biomedicina (ratificata in Italia con Legge n. 145/2001), secondo il quale il consenso ad un qualsiasi intervento sanitario deve essere prestato, in ipotesi di incapacità dell'interessato, da chiunque ne ha *ex lege* la rappresentanza; e nel medesimo senso deve valorizzarsi l'art. 1, L. n. 6/2004, che orienta la disciplina dell'amministrazione di sostegno verso l'assistenza dell'incapace nell'«espletamento delle funzioni della vita quotidiana»<sup>155</sup>.

Dunque, in tale ottica interpretativa, il giudice tutelare, nel decreto di nomina o in un provvedimento integrativo dello stesso, ben potrebbe ricomprendere nell'oggetto dell'incarico la protezione della salute, dovendo individuare e calibrare il potere attribuito all'amministratore di sostegno in riferimento alla gestione del profilo sanitario del beneficiario. Ma ciò con la precisazione che l'amministratore, salvo casi di gravissima

---

tutto incapace di provvedere ai propri interessi ed alle proprie necessità, va disposta a sua adeguata tutela l'interdizione e non l'amministrazione di sostegno, che presuppone nell'assistito una sia pur ridotta consapevolezza e capacità di giudizio».

<sup>155</sup> Trib. Modena, decreto 28 giugno 2004; cfr. anche Trib. Reggio Emilia, decreto 14 luglio 2012. A titolo esemplificativo, può menzionarsi anche Trib. Modena, decreto 15 settembre 2005, che ha autorizzato l'amministratore di sostegno ad esprimere il consenso informato in nome e per conto di un soggetto affetto da disturbo delirante cronico che, benché gravemente diabetico, negava la propria patologia al punto da alimentarsi prevalentemente col miele; cfr. anche E. MUSI, *La protezione dell'incapace – L'amministrazione di sostegno*, cit., 37 – 38.

infermità mentale, non potrà dialogare esclusivamente con il medico, estromettendo dal processo formativo della decisione il beneficiario, pena la violazione di quanto espressamente previsto dall'art. 410 c.c.<sup>156</sup>; al contrario, questi dovrà promuovere le residue capacità intellettive e volitive della persona, adoperandosi affinché l'intervento sanitario sia almeno accettato, se non condiviso, dal beneficiario, la cui autonomia nelle decisioni sulla salute non deve essere annullata dalla presenza di un soggetto incaricato di proteggerlo<sup>157</sup>.

Un ausilio sotto questo profilo ben può essere rinvenuto nell'utilizzazione delle neuroscienze, i cui studi tentano di migliorare la comprensione delle radici del comportamento umano mediante l'individuazione della relazione intercorrente tra una determinata attività cerebrale e una specifica manifestazione clinica. E solo l'avanzamento tecnologico e della ricerca consentirà di dissipare i dubbi circa la proficua utilizzabilità da parte del giurista degli esiti delle scienze cognitive, non potendosi escludere l'impiego degli stessi anche da parte del legislatore italiano ed europeo, nella regolamentazione giuridica dei profili concernenti la tutela della persona<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> Detta disposizione prevede che: «Nello svolgimento dei suoi compiti l'amministratore di sostegno deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario (...)».

<sup>157</sup> A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, in *Eur. e dir. priv.*, 2, 2012, 547 ss. L'Autore, nel corroborare tale affermazione, sottolinea che il legislatore ha ormai maturato la consapevolezza che la malattia mentale non pregiudica necessariamente, e comunque non del tutto, la capacità di intendere e di volere del malato. Di fondamentale rilievo le influenze sulla psichiatria di M. MERLEU PONTY, *Fenomenologia della percezione*, Milano, 2009.

<sup>158</sup> Per approfondimenti relativi a tale tematica, C. PERLINGIERI, *Amministrazione di sostegno e neuroscienze*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 2, 10330 ss. L'Autrice prospetta un auspicabile superamento della «scissione tra titolarità ed esercizio delle situazioni esistenziali», attraverso l'utilizzo degli strumenti offerti dalle neuroscienze, utili rilevare la volontà dei soggetti coscienti ma completamente immobilizzati o dei soggetti che si trovano in uno stato di coscienza minima, per i quali è rilevabile una attività celebrale, seppur evanescente.

Battendo tale percorso interpretativo, la giurisprudenza di merito è giunta ad approdi ermeneutici ancor più innovativi, ammettendo la designazione anticipata dell'amministratore di sostegno ad opera del beneficiario ed in tal modo offrendo un aggancio codicistico alla figura delle direttive anticipate di trattamento.

Più precisamente, si è ritenuto di poter individuare una codificazione del cd. "*living will*" nel dato letterale di cui all'art. 408 c.c., secondo cui «(...) l'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata (...)». In tale ottica interpretativa, detta norma renderebbe sostanzialmente superflua l'introduzione legislativa dell'istituto del testamento biologico, offrendo a qualsivoglia cittadino la possibilità di designare anticipatamente un soggetto chiamato a gestire il suo itinerario sanitario in ipotesi di successiva incapacità, impartendo altresì direttive che possano adeguatamente orientarne l'operato, in piena conformità ai principi cristallizzati dagli artt. 2, 13, 32 Cost.<sup>159</sup>

In definitiva, tale impostazione teorica, proseguendo lungo la strada tracciata dalla giurisprudenza di legittimità in riferimento al cd. "caso Englaro", giunge al riconoscimento non solo della possibilità di designare anticipatamente l'amministratore di sostegno, ma anche del potere di quest'ultimo di esprimere le volontà dell'interessato in materia di atti personalissimi sia quando queste siano state consacrate esplicitamente in un

---

<sup>159</sup> In tal senso si è espresso il Tribunale di Modena, decreto 5 novembre 2008, attraverso il quale, su ricorso presentato dallo stesso beneficiario, ha nominato un amministratore di sostegno ad una persona pienamente capace, la quale precedentemente, con scrittura privata con firma autenticata da notaio, aveva designato, ai sensi dell'art. 408 c.c., come proprio amministratore di sostegno la moglie e, per il caso di sua impossibilità di esercitare la funzione, la figlia, con l'incarico di pretendere il rispetto delle disposizioni terapeutiche dettate con la scrittura stessa per l'ipotesi di propria eventuale, futura incapacità; cfr. anche Trib. Modena, decreto 13 maggio 2008; Corte d'Appello di Cagliari, decreto 16 gennaio 2009; S. NAPOLITANI, *L'amministratore di sostegno e la pianificazione anticipata delle cure mediche*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 2, 126.

documento, sia quando possano desumersi dalle convinzioni ed inclinazioni dello stesso<sup>160</sup>. Per tale via si conferisce concretezza ad un principio che si pone all'origine dell'età dei diritti ed in base al quale, nell'ambito del cd. “contratto sociale”, la volontaria cessione di sovranità allo stato costituisce l'altra faccia della sovranità del soggetto e tra le libertà dei sudditi compare specificamente «il proprio modo di vita»<sup>161</sup>.

Tuttavia, come altra dottrina ha evidenziato, l'applicabilità dell'istituto in esame alle decisioni di fine vita presenta indubbiamente alcuni aspetti problematici. In primo luogo, occorre evidenziare che un'interpretazione strettamente letterale dell'art. 404 c.c. conduce a ritenere che l'impossibilità del beneficiario di provvedere autonomamente alla cura dei propri interessi<sup>162</sup> debba essere attuale al momento della nomina dell'amministratore. Inoltre, a ben vedere, l'art. 408 c.c. offrirebbe esclusivamente la possibilità di effettuare una designazione per il futuro dell'amministratore di sostegno, la cui effettiva nomina rimarrebbe comunque subordinata ad una valutazione giudiziale, finalizzata a verificare l'idoneità della persona individuata alla concreta salvaguardia degli interessi e della personalità del beneficiario<sup>163</sup>.

---

<sup>160</sup> G. COSCIONI, *L'amministrazione di sostegno non presuppone lo stato di incapacità del beneficiario*, in *Fam. pers. succ.*, 10, 2009, 804; cfr. anche G. FERRANDO, *Amministratore di sostegno e rifiuto di cure*, in *Fam. e dir.*, 2009, 285, il quale sottolinea che la decisione del giudice modenese non costituisce una forzatura del testo di legge, ma piuttosto una lettura aderente al suo spirito ed alle sue finalità di tutela delle persone deboli.

<sup>161</sup> C. GALLI, *All'insegna del Leviatano. Potenza e destino del progetto politico moderno*, introduzione a T. HOBBS, *Il Leviatano*, trad. it. di G. MICHELI, Milano, 2011.

<sup>162</sup> Critico, al riguardo, S. NAPOLITANI, *L'amministratore di sostegno, cit.*, il quale sostiene che l'uso, all'interno dell'art. 404 c.c., del presente indicativo («la persona che ... si trova») ben può essere superato ragionando nel senso che l'attualità va riguardata non in relazione al provvedimento di nomina, ma all'attribuzione effettiva dei poteri ed all'esercizio degli stessi.

<sup>163</sup> B. SALVATORE, *Il diritto all'autodeterminazione e le decisioni di fine vita in Italia: il ruolo dell'amministrazione di sostegno*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013, 107 ss.; cfr. anche F. GAZZONI, *Continua la crociata para – metafisica dei giudici missionari della cd. “morte dignitosa”*, in *Dir. fam. pers.*, 1, 2009, 288 ss.

In linea con tali perplessità interpretative si è posta di recente anche la giurisprudenza di legittimità che, attraverso una pronuncia orientata dalla stretta interpretazione del dato letterale<sup>164</sup>, ha notevolmente depotenziato la portata applicativa dell'istituto, frustrando definitivamente le intuizioni di quella parte della dottrina che intravedeva nello stesso una positivizzazione della figura del testamento biologico.

In particolare, secondo la prospettazione dei giudici di nomofilachia, se è vero che l'art. 408 c.c. prevede che lo stesso beneficiario possa designare anticipatamente l'amministrazione di sostegno in vista della sua eventuale futura incapacità, è altresì vero che l'art. 404 c.c. lascia intendere che presupposto necessario per l'attivazione del procedimento di nomina sia l'attualità dello stato di incapacità di attendere ai propri bisogni. Inoltre, il successivo art. 407 c.c. stabilisce che il giudice tutelare adotta i necessari provvedimenti dopo aver sentito personalmente l'interessato e tenendo conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste di questo, così demandando al giudice, al momento della nomina, una ineliminabile attività di ponderazione degli interessi e calibrazione degli interventi sulle specifiche esigenze del beneficiario.

Ne consegue che la designazione *de futuro* dell'amministratore, pur valida nel momento genetico, è destinata a compiere la sua funzione «mediante il dispiegarsi effettivo dei suoi effetti, al realizzarsi della condizione personale avuta presente, e nell'alveo del procedimento giurisdizionale conseguentemente attivato, attraverso la nomina conforme da parte del giudice tutelare»; ed altresì che nell'effettuare tale nomina il giudice, attivando i poteri di cui all'art. 408 c.c., ben potrà disattendere il contenuto delle direttive espresse nell'atto di designazione, potenzialmente frustrando

---

<sup>164</sup> Cass. civ., Sez. I, 20 settembre 2012, n. 23707.



le manifestazioni di volontà provenienti dal beneficiario in considerazione della non attualità delle stesse<sup>165</sup>.

Dunque, la sentenza della Corte di cassazione ridimensiona notevolmente i risultati interpretativi cui era giunta la giurisprudenza di merito valorizzando la funzione protettiva dell'istituto, sicché un'applicazione rigorosa dei principi affermati dalla stessa determina una concreta *deminutio* della tutela offerta al beneficiario. Ed un'ulteriore compressione del fondamentale diritto alla salute deriva dalla considerazione che alla non contestualità della designazione e della nomina dell'amministratore ben può conseguire una situazione per la quale, realizzatosi il presupposto dell'incapacità, non vi sia nell'immediatezza del fatto un soggetto pronto a portare a conoscenza dei medici il documento di designazione contenente le direttive anticipate di trattamento<sup>166</sup>, con grave frustrazione della personalità dell'incapace.

In tal modo, la Suprema Corte avalla la prospettiva di coloro i quali pongono l'accento sull'inattualità delle direttive manifestate dall'incapace al momento della designazione anticipata dell'amministratore, che le rende intrinsecamente falsificabili dall'imprevedibile evoluzione del suo quadro

---

<sup>165</sup> D'altra parte, non può omettersi di rilevare che discostarsi dalle indicazioni fornite dall'amministrato può essere certamente necessario allorquando le condizioni ipotizzate al momento della formulazione delle stesse non corrispondano alla situazione reale per effetto di sopravvenienze patologiche o anche tecnologiche e scientifiche. Nel medesimo senso si esprime G. MIOTTO, *Problematiche, attualità e prospettive delle dichiarazioni anticipate di volontà tra diritto vivente e proposte legislative*, in *Fam. Pers. Succ.*, 7, 2012, 529 ss., il quale evidenzia che, ove alla designazione anticipata corrispondesse un dovere del giudice tutelare di procedere alla nomina dell'amministratore di sostegno, si realizzerebbe una sorta di "sviamento" del potere protettivo affidato dal legislatore a questo giudice, «trasformandolo da mezzo di autonoma e attuale valutazione delle necessità della persona da proteggere a strumento preventivo di mera attuazione delle volontà di una persona capace, per l'ipotesi che essa divenga incapace»; in tal modo, il provvedimento del Giudice tutelare diverrebbe un mero "contenitore" della volontà altrui, piuttosto che l'autonoma espressione del potere che l'ordinamento gli affida.

<sup>166</sup> G. FRALLICCIARDI, *L'amministrazione di sostegno quale strumento di disposizione della futura incapacità*, in M. SANTISE (a cura di), *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Torino, 2014, 337 – 341.

patologico e dalle eventuali innovazioni scientifiche e tecnologiche che sullo stesso possono incidere. In tale ottica, il mancato riconoscimento della vincolatività giuridica delle DAT si radica nella considerazione che le stesse cristallizzano un'autodeterminazione tutta prospettica, che vuole impadronirsi di un futuro inesorabilmente imprevedibile e che deve rimanere necessariamente disponibile per la persona interessata<sup>167</sup>. E nell'alveo di tale impostazione riecheggiano le parole di Thomas Mann: «profondo è il pozzo del passato. Non dovremmo dirlo insondabile?»<sup>168</sup>.

Ma vi è di più. Invero, il percorso giurisprudenziale teso al depotenziamento operativo dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, tale da portare alla luce la necessità di un intervento legislativo finalizzato alla codificazione della disciplina del testamento biologico, è giunto al capolinea con una recentissima pronuncia della Cassazione penale<sup>169</sup>, idonea a sgomberare il campo dai dubbi interpretativi ingenerati dalla giurisprudenza di merito.

Nel dettaglio, i giudici della Suprema Corte si sono specificamente interrogati circa la funzione dell'amministrazione di sostegno, giungendo drasticamente ad affermare che, pur avendo il dovere di relazionare periodicamente al giudice sull'attività svolta e sulle condizioni di vita personale e sociale del beneficiario, «il compito dell'amministratore di sostegno resta fondamentalmente quello di assistere la persona nella gestione dei propri interessi patrimoniali e non anche la “cura della persona”, poiché l'art. 357 c.c., che indica tale funzione a proposito del tutore, non rientra tra le disposizioni richiamate dall'art. 411 tra le norme

---

<sup>167</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 276. Cfr. anche F. D'AGOSTINO, *Bioetica*, Torino, 1998, il quale sostiene che il soggetto che redige le dichiarazioni anticipate di trattamento non esprime una volontà pura, ma viziata dallo stato di benessere fisico in cui si trova nel momento in cui la traduce in un atto scritto.

<sup>168</sup> T. MANN, *Le storie di Giacobbe*, trad. it. di B. ARZENI, Milano, 1963, 9. A ben vedere, particolarmente profondo risulta il pozzo dell'identità che si addentra nel passato dell'individuo, sicché il giurista spesso preferisce non sporgersi.

<sup>169</sup> Cass. pen., Sez. V, 26 febbraio 2016, n. 7974.

applicabili all'amministrazione di sostegno». Ne deriva che, in assenza di apposite previsioni nel decreto di nomina che lo responsabilizzino in tal senso, l'amministratore di sostegno non assume una posizione di garanzia rispetto ai beni della vita e dell'incolumità individuale del soggetto incapace e non può quindi assumere alcuna decisione relativa ai trattamenti sanitari cui questo deve essere sottoposto<sup>170</sup>.

In definitiva, è demandata integralmente al giudice, oltre che la nomina dell'amministratore, anche l'individuazione concreta delle manifestazioni di volontà che questi può effettuare per conto del beneficiario, la cui libertà di autodeterminazione rimane inevitabilmente compromessa a fronte di un'ingerenza giudiziaria che, da un lato tende a salvaguardarlo da potenziali abusi, e dall'altro ne comprime l'essenza personalistica.

## **2.4. Conclusioni: un drammatico vuoto di tutela**

Alla luce delle considerazioni fin qui effettuate, è possibile tirare le somme del ragionamento circa l'efficacia complessiva del sistema giuridico di tutela delle persone deboli predisposto dal legislatore italiano, i cui difetti funzionali sono inesorabilmente emersi nelle più recenti riflessioni giurisprudenziali.

---

<sup>170</sup> In senso diametralmente opposto si esprime D. INFANTINO, *Direttive anticipate e amministrazione di sostegno*, in *Nuova Giur. Civ.*, 6, 2011, 10483 ss., il quale sostiene che «la disciplina sull'amministrazione di sostegno fa riferimento in più di una locuzione, ed in particolare negli artt. 405, 408 e 410 cod. civ., ai “bisogni e alle aspirazioni del beneficiario”: espressioni del genere consentono che i compiti dell'amministratore di sostegno non siano ristretti alla cura degli aspetti patrimoniali bensì siano suscettibili di abbracciare (come, in più di un'occasione, è stato affermato anche dai nostri giudici) la cura della persona-ambito nel quale è senz'altro da includere la facoltà dell'amministratore di esprimere, in nome e per conto del beneficiario, il consenso o dissenso all'intervento medico, soprattutto in presenza di indicazioni consapevolmente formulate, in tale direzione, dall'interessato».

Detto sistema di tutela, anche in virtù della progressiva intensificazione della sensibilità sociale, ha intrapreso e percorso un significativo tragitto evolutivo, caratterizzato dall'apprezzabile superamento della pregressa logica custodiale ed orientato all'attuazione solidaristica ed assistenziale del principio autodeterministico di cui all'art. 32, comma 2, Cost. A tale obiettivo si è giunti anche e soprattutto attraverso l'introduzione legislativa dell'istituto dell'amministrazione di sostegno e attraverso il costante lavoro giurisprudenziale teso a relegare entro spazi applicativi residuali i più risalenti istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, in guisa tale da porre il nuovo statuto di tutela in linea con i principi espressi dagli artt. 25 e 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che consacrano il diritto degli anziani di partecipare alla vita sociale e culturale ed il diritto dei disabili di beneficiare delle misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità.

Ciò nondimeno, le inefficienze operative di tali strumenti sono emerse in tutta la loro pregnanza nella concreta gestione dell'itinerario sanitario di individui caduti in stato di incoscienza, in specie nelle ipotesi in cui costoro non avessero effettuato alcuna pregressa manifestazione di volontà in ordine ai trattamenti medici cui sottoporsi.

Più precisamente, gli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione sono apparsi tali da determinare, attraverso l'eliminazione della capacità di agire, una compressione eccessiva della personalità dell'individuo affetto da disabilità, con conseguente innesco di ingenti pericoli di alienazione della persona stessa ed ipostatizzazione di condizioni gravemente lesive della sua condizione di *homo dignus*. Il tutto, senza obliterare la concreta impossibilità di codificare, attraverso tali istituti, delle dichiarazioni anticipate di trattamento idonee ad orientare le scelte di cura e, dunque, a

costruire un ponte che consenta realmente di valicare il muro dell'incomunicabilità.

E neanche la misura “salvifica”, quanto alla necessità di graduazione e personalizzazione dell'intervento protettivo, dell'amministrazione di sostegno, si è dimostrata concretamente adeguata al superamento di tali inefficienze. Invero, la giurisprudenza di legittimità, coadiuvata da parte autorevole della dottrina civilistica, ha sottolineato l'impossibilità di cristallizzare, attraverso il viatico costituito dall'art. 408 c.c., delle dichiarazioni anticipate di trattamento provviste di vincolatività giuridica, e, addirittura, con una scelta di campo senz'altro opinabile, ha relegato l'operatività dell'istituto nel settore squisitamente patrimoniale, con ciò probabilmente contraddicendo la *ratio* fondante dell'intervento legislativo del 2004.

*Ratio* certamente non conseguibile, d'altra parte, attraverso la strumentalizzazione della disciplina dei cd. “patrimoni destinati”, idonea soltanto ad affiancare la cura della persona sul versante patrimoniale, non risultando connaturato a tale comparto legislativo l'obiettivo della salvaguardia dell'essenza ontologica dell'incapace<sup>171</sup>.

In definitiva, la tutela delle persone deboli, senz'altro avuta di mira da un legislatore la cui opera si inserisce in un quadro valoriale che consacra la libertà di autodeterminazione quale insopprimibile lascito del

---

<sup>171</sup> Per completezza merita segnalare che un'altra soluzione diffusasi nella prassi giuridica è quella della redazione scritta delle d.a.t. attraverso atti ricevuti da notaio (atti pubblici o scritture private autenticate). Tuttavia, a ben vedere, questi atti consentono di attribuire con certezza il loro contenuto al sottoscrittore, ma non anche di vincolare giuridicamente il successivo operato del medico, in assenza di un'espressa presa di posizione legislativa in tal senso; infatti, non possono ritenersi presenti tutti i requisiti necessari per la valida configurazione di un consenso o dissenso informato, mancando i requisiti dell'attualità ed anche dell'effettiva ed adeguata informazione, ove le direttive risultino manifestate prima della caduta in stato di incapacità, situazione patologica della quale il paziente non può essere approfonditamente informato. Per approfondimenti sul punto, G. MIOTTO, *Problematiche, attualità e prospettive*, cit., 529 ss.

costituzionalismo del dopoguerra, inesorabilmente si infrange contro le barriere codicistiche ancora esistenti, scavalcate, con non poche difficoltà, attraverso episodici assalti giurisprudenziali, drammaticamente inidonei ad abbattere i limiti che ancora si frappongono tra l'uomo e la sua essenza<sup>172</sup>.

Ma la libertà di costruire il proprio progetto di “vita buona”, attraverso scelte con le quali ciascuno di noi decide il tipo di persona che vuol essere o diventare, non tollera limitazioni di questo tipo, perché nessuna vita migliora se è condotta all'esterno sulla base di valori che la persona non approva<sup>173</sup>.

Il riconoscimento di tale irrinunciabile libertà, come già innanzi ampiamente evidenziato, è il risultato di un secolare processo di formazione della società moderna, in cui ha avuto un ruolo centrale la progressiva affermazione della libertà individuale come valore insopprimibile. E sarebbe paradossale che proprio quei cittadini che beneficiano delle vittorie delle battaglie per le libertà individuali combattute nella prima metà del ventesimo secolo contro i governi oppressivi di matrice nazi – fascista, potrebbero allo stesso tempo aver

---

<sup>172</sup> Interessante, al riguardo, il pensiero di G. COLETTA, *Le difficoltà del dibattito bioetico e la necessità di una legislazione caratterizzata dal rispetto delle scelte individuali*, in L. CHIEFFI, P. GIUSTINIANI (a cura di), *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, Torino, 2010, 54, il quale osserva che la netta contrapposizione, maturata all'interno delle Assemblee parlamentari, tra concezione cattolica e laica della bioetica, ha reso notevolmente difficoltosa l'approvazione di provvedimenti legislativi in settori eticamente sensibili ed ha costretto i giudici di merito ad un ruolo di supplenza che, in mancanza dei necessari strumenti normativi, non ha mancato di destare significative perplessità; cfr. anche M. FUSCO, *La bioetica italiana tra l'incudine della politica ed il martello della magistratura*, in L. CHIEFFI, P. GIUSTINIANI (a cura di), *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, Torino, 2010, 37 – 49.

<sup>173</sup> W. KYMLICKA, *Liberalism and Communitarism*, in *Canadian journal of Philosophy*, 18, 1988, 153. In altre parole, in ossequio al noto principio introdotto nel pensiero liberale da J. S. MILL, *On liberty*, trad. it., *La libertà. L'utilitarismo. L'asservimento delle donne*, Milano, 1999, 75, è possibile parlare di una “presunzione” a favore della libertà di compiere le proprie scelte di vita, libertà che non dovrebbe subire limitazioni di sorta a meno che non sussistano valide ragioni a sostegno delle stesse, con conseguente necessità di una generalizzata partecipazione sociale al rispetto delle scelte altrui, per quanto non condivise o addirittura tali da provocare disagio.

consegnato alcune di queste libertà nelle mani di una *élite* tecnocratica<sup>174</sup>, che, per quanto illuminata, non è legittimata ad imporre autoritativamente la propria concezione della vita e del vivere.

Dinanzi a tale preoccupante vuoto di tutela emerge con assoluta nettezza la necessità di congegnare una specifica regolamentazione delle dichiarazioni anticipate di trattamento in grado di garantire a tutti quello che il filosofo Jonas definiva «il diritto di prendere possesso della propria morte nella coscienza completa del suo incombere»<sup>175</sup>.

E, dunque, in un contesto caratterizzato da una rapida ed incessante evoluzione tecno – scientifica, se da un lato diviene sempre maggiore la capacità del personale sanitario di prolungare vite che altrimenti si spegnerebbero, dall'altro ciò rende sempre più necessaria la creazione di misure giuridiche che permettano ai pazienti di respingere interventi medici finalizzati soltanto a prolungarne l'agonia. E diviene sempre più ragionevole per tali individui porsi anticipatamente il problema di come proteggersi nel modo migliore «da quello che può tradursi in una vera e propria aggressione nei confronti di vittime indifese e talvolta riluttanti in nome di una battaglia contro la morte»<sup>176</sup>.

Di tale necessità si mostra pienamente consapevole anche la giurisprudenza amministrativa<sup>177</sup> che, pronunciandosi relativamente alle scelte di fine vita delle persone incapaci e con specifico riguardo al cd. “caso Englaro”, ha efficacemente affermato che «si tratta di problemi di enorme ampiezza e complessità, che richiedono e attendono, ormai da troppo tempo, un intervento legislativo a colmare quello che è stato definito un inquietante spazio libero dal diritto, nel quale, in mancanza di specifiche previsioni

---

<sup>174</sup> D. NERI, *Il diritto di decidere la propria fine*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. II, Milano, 2011, 1786 – 1788.

<sup>175</sup> H. JONAS, *Il diritto di morire*, Genova, 1991, 26.

<sup>176</sup> AA. VV., *Eutanasia e suicidio assistito. Pro e contro*, Torino, 2001, 106.

<sup>177</sup> Cons. St., Sez. VI, 2 settembre 2014, n. 4460.

circa la effettività, la serietà e la consapevolezza del consenso informato espresso dal paziente, specialmente nei casi in cui questo versi ormai in uno stato di incapacità o di incoscienza, e circa la correttezza delle procedure mediche da adottarsi per accertarlo ed attuarlo, (...), potrebbero trovare – e talvolta drammaticamente trovano – fertile terreno, (...), forme silenziose o striscianti di non consentita eutanasia». E ciò ulteriormente sottolineando che un intervento teso alla normativizzazione delle dichiarazioni anticipate di trattamento appare ancor più indilazionabile ove si volga lo sguardo ad altre esperienze giuridiche europee, quali quella tedesca e quella spagnola, che hanno già compiutamente colmato questo drammatico vuoto di tutela.

Il tutto pur sempre nella consapevolezza che solo attraverso la ricostruzione dell'essenza biografica del paziente può sfuggirsi all'insidia di affidare a terzi il governo della vita altrui, insidia cui drammaticamente consegue, come già innanzi accennato, l'inaccettabile costruzione di "non persone", della cui esistenza potrebbe liberamente disporsi nel perseguimento di interessi della società o attraverso l'impropria invocazione di un apodittico principio di beneficienza<sup>178</sup>.

La finalità fondamentale delle dichiarazioni è, quindi, quella di fornire uno strumento in grado di determinare il concreto, sebbene non completo, recupero, del rapporto dialogico che fisiologicamente si instaura tra medico e paziente e che porta quest'ultimo<sup>179</sup>, attraverso un articolato processo che esita nella manifestazione del consenso o dissenso alle cure, a rendere

---

<sup>178</sup> P. SINGER, *Scritti su una vita etica*, cit., 211 – 227; cfr. anche H. T. ENGELHARDT, *Manuale di bioetica*, II ed., Milano, 1999, 152 – 154; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 281 – 282; AA. VV., *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento*, in *Riv. it. med. leg.*, 3, 2016, 1051 ss.

<sup>179</sup> Rapporto che, come già innanzi osservato, risulta il frutto di una evoluzione secolare della complessiva relazione tra medico e paziente, sfociata nella configurazione del modello condiviso – deliberatorio, in virtù del quale la scelta del trattamento è condivisa dal medico e dal paziente, rappresentando l'esito dello svolgersi di una relazione ispirata alla comunicazione, all'informazione, all'ascolto ed al silenzio, lungo un cammino morale nel quale il medico è tenuto a coadiuvare il paziente nell'esame dei valori coinvolti, alla stregua di un maestro o di un fratello maggiore.



edotto il medico di ogni elemento giudicato significativo al fine di far valere i diritti connessi alla tutela della salute e, più in generale, del bene integrale della persona<sup>180</sup>. Ma si tratta di finalità, come osservato, ben lontana dall'essere conseguita. E riecheggiano drammatiche, nell'attuale vuoto ordinamentale, le parole adoperate dal Piergiorgio Welby nel suo romanzo postumo *Ocean Terminal*: «Tutto finito. Oggi non c'è perdono né penitenza, oggi esiste solo un castigo incomprensibile, una pena troppo grande per qualunque peccato. Anche il dolore è muto questa notte»<sup>181</sup>.

---

<sup>180</sup> CNB, *Direttive anticipate di trattamento, parere* del 18 dicembre 2003.

<sup>181</sup> P. GIUSTINIANI, *Davvero tutto finito? Riflessioni bioetiche sull'uscita dalla vita umana*, in L. CHIEFFI, P. GIUSTINIANI (a cura di), *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, Torino, 2010, 63.



## Capitolo III: Le dichiarazioni anticipate di trattamento: luci, ombre e prospettive de iure condendo

### 3.1. *Le dichiarazioni anticipate di trattamento: riflessioni etiche e compatibilità con il quadro costituzionale*

Con la locuzione dichiarazioni anticipate di trattamento, corrispondente all'espressione inglese *living will*, si fa riferimento, in una prima approssimazione, «a un documento con il quale una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidererebbe o non desidererebbe essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non fosse più in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato»<sup>1</sup>.

Come già innanzi osservato, lo sfondo culturale che rende non più rinviabile un'approfondita riflessione, non solo bioetica ma anche giuridica, sulle dichiarazioni anticipate, è rappresentato dall'esigenza di garantire la massima tutela possibile alla dignità ed all'integrità della persona in tutte le situazioni di incoscienza ed incapacità, in un contesto sociale parallelamente caratterizzato da una progressiva evoluzione della medicina che amplifica i casi di cronicizzazione della malattia e da una maggiore sensibilità verso il tema dell'autonomia personale<sup>2</sup>. Sensibilità il cui incremento traspare chiaramente dal vaglio delle Carte fondamentali di matrice sovranazionale<sup>3</sup> e dalla rilettura evolutiva del testo costituzionale

---

<sup>1</sup> CNB, *Direttive anticipate di trattamento*, parere del 18 dicembre 2003.

<sup>2</sup> M. ARAMINI, *Introduzione alla Bioetica. Terza edizione*, Milano, 2009, 439 – 441. L'idea è dunque quella di consegnare uno strumento atto garantire agli individui l'esercizio e il rispetto pieno dell'autonomia in tutte le fasi dell'esistenza, anche ove siano sparite le condizioni minime indispensabili per tutelarla direttamente; sul punto, cfr. anche S. BARTOLOMMEI, *Corpo e cura di sé alla fine della vita: sulle "dichiarazioni anticipate di trattamento"*, in *Tendenze nuove*, 3, 2006, 309.

<sup>3</sup> Si faccia riferimento, a titolo esemplificativo, all'art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; alla Dichiarazione di Helsinki del 1964; agli artt. 2 e 3 della

operata dal Giudice delle leggi e dalla Corte di legittimità<sup>4</sup>, e trova consacrazione altresì nella Convenzione sui diritti umani e la biomedicina (Convenzione di Oviedo), il cui art. 9 codifica un modello etico di autodeterminazione<sup>5</sup>.

Dunque, in un'età della tecnica ove la nascita e la morte non costituiscono più eventi che si impongono per il loro essere fatti della natura sottratti al controllo dell'uomo, nel dibattito sulle dichiarazioni anticipate di trattamento confluiscono le più delicate questioni bioetiche e biogiuridiche concernenti il tema della relazione terapeutica e le modalità con cui nel suo ambito si attuano i diritti della persona, «dignità, identità, libertà di costruire in modo autonomo la propria personalità, tutela della sfera corporea nei confronti di ingerenze non richieste o rifiutate»<sup>6</sup>. E, quanto più la cultura medica si affranca dai residui storici del paternalismo ippocratico, tanto più il medico diviene consapevole del fondamento relazionale della sua professione e della necessità di ricercare il dialogo con

---

Convenzione europea dei diritti dell'uomo; agli artt. 3 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

<sup>4</sup> Può farsi esemplificativamente riferimento a Corte cost., 24 maggio 1985, n. 161; Corte cost., 18 dicembre 1987, n. 561; Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438; Corte cost., 30 luglio 2009, n. 253; Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748; Cons. St., Sez. VI, 2 settembre 2014, n. 4460.

<sup>5</sup> Detta disposizione prevede che: «I desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione».

<sup>6</sup> G. FERRANDO, voce *Testamento biologico* [Annali VII, 2014], in *Enciclopedia del diritto*, da [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it) (accesso del 05 – 12 – 2016), ove si afferma efficacemente che «Il testamento biologico, dunque, costituisce strumento che tende a dilatare i confini dell'autodeterminazione individuale oltre la perdita della coscienza»; cfr. anche E. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela nelle decisioni mediche*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2008, 363; G. CAROBENE, *Dilemmi del fine vita nel confronto tra approccio scientifico e prospettiva religiosa (cattolica – protestante)*, in *Biolaw journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2016, 111 – 112, la quale osserva che tale evoluzione ha decisamente mutato l'approccio nei confronti delle patologie determinando il superamento del cd. “vitalismo” in ambito medico che imponeva di privilegiare sino all'eccesso il mantenimento in vita del paziente; piuttosto, il paziente si è trasformato da oggetto a soggetto di cura ed il medico ha perso il suo ruolo di *dominus* della salute del paziente tenuto a decidere autonomamente gli interventi necessari alla cura di questo, aderendosi ad una concezione della salute attenta alla salvaguardia anche del benessere psichico dell'individuo.

il malato e con la sua essenza anche dopo la perdita della coscienza. In definitiva, le dichiarazioni anticipate di trattamento, da un lato costituiscono un precipitato dell'introduzione, nel rapporto medico – paziente, del principio del consenso informato; dall'altro, hanno lo specifico compito di rendere possibile un rapporto personale tra questi due soggetti proprio nelle situazioni estreme in cui «sembra non poter sussistere alcun legame tra la solitudine di chi non può esprimersi e la solitudine di chi deve decidere»<sup>7</sup>.

Dunque, la pianificazione anticipata della cura costituisce logica estensione del diritto alla libertà di cura in caso di incapacità sopravvenuta<sup>8</sup> e tale pianificazione ben può avvenire in seno al rapporto terapeutico, nell'ambito del quale, soprattutto in caso di malattie a decorso lento, l'interessato può progressivamente maturare una propria personalissima convinzione circa il limite di sofferenza che è disposto a sopportare, concretizzando nel dialogo con il sanitario una scala di valori intimamente legata al suo essere. La direttiva anticipata può inoltre essere espressa anche al di fuori di un contesto di malattia attuale, allorquando una persona adulta e cosciente decida di preservare la propria concezione della vita elaborando disposizioni anticipate in vista di una situazione futura ed eventuale di perdita della coscienza<sup>9</sup>.

Ciò premesso, non è possibile affrontare i delicati problemi giuridici emersi nell'ambito del dibattito sulle dichiarazioni anticipate di trattamento senza un richiamo preliminare alle diverse posizioni metagiuridiche riguardanti il

---

<sup>7</sup> CNB, *Direttive anticipate di trattamento*, parere del 18 dicembre 2003. In altre parole, il fine precipuo del testamento biologico è quello di far continuare idealmente il dialogo tra medico e paziente, anche nei casi estremi in cui quest'ultimo non può direttamente prendervi parte; cfr. AA. VV., *Le manifestazioni anticipate di volontà: il living will tra autodeterminazione della persona e autonomia del medico*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013, 76.

<sup>8</sup> F. G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, 69 ss.

<sup>9</sup> G. FERRANDO, voce *Testamento biologico*, cit.,

tema etico fondamentale della libertà alla fine della vita, anche in considerazione della attuale coesistenza sociale di svariati modelli ideologici di riferimento, solo per grandi linee riconducibili ad un'etica laica e ad un'etica cristiana. E ciò considerando che, al fondo, secondo l'etica cristiana il valore ed il dovere morale dell'individuo rinvergono il proprio fondamento in Dio e nelle regole imposte al mondo da una siffatta entità, la cui santità ed eticità è quella dell'“amore gratuito”; al contrario, l'etica laica, pur non escludendo aprioristicamente la trascendenza, tende a concepire Dio come entità destinata certamente ad influenzare storicamente, culturalmente e psicologicamente i comportamenti umani, ma non anche ad assumere un ruolo decisivo nell'orientare le scelte di carattere etico, in una declinazione della libertà che rileva esclusivamente in senso ontologico<sup>10</sup>.

Propria dell'etica cristiana è la teorica della cd. “sacralità della vita”, intesa quale diritto assolutamente indisponibile<sup>11</sup>. In tale ottica, la vita è considerata alla stregua di un dono che mantiene inalterato il proprio valore fino alla morte naturale, del quale nessuno può disporre se non Dio stesso<sup>12</sup>, cui sostanzialmente appartiene, e la sofferenza fisica che accompagna l'ammalato verso la morte naturale si pone quale momento fondamentale del percorso di purificazione dell'anima che ne consente l'ascensione al regno dei cieli.

Del resto, detta impostazione costituisce il naturale precipitato della concezione dell'uomo quale immagine di Dio, verso cui è costantemente spinto da una pulsione dinamica, in quanto unica entità in grado di dare un

---

<sup>10</sup> A. BIZZARRO, *Problematiche di ordine etico e religioso*, in M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *Il testamento biologico, verso una proposta di legge*, Milano, 2007, 158 – 160.

<sup>11</sup> C. TRIPODINA, *Eutanasia, diritto, Costituzione nell'età della tecnica*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2001, 113 ss.

<sup>12</sup> E. D'ANTUONO, *Bioetica*, Napoli, 2007, 78 – 79.

senso al suo essere<sup>13</sup>. Sicché, morendo, l'uomo dura per sempre perché realizza la sua essenza attraverso la comunità con Dio, e le sofferenze patite entro una determinata cornice temporale legata al mondo terreno gli consentono di sperimentare la sua condizione di creatura finita e divengono il passaggio inevitabile per l'accesso alla vera vita.

Dunque, dal principio di sacralità della vita discende il corollario della sua inviolabilità, con conseguente illegittimità di tutte le pratiche volte a sopprimerla, anche se conseguenti ad una specifica dichiarazione anticipata di trattamento. Al contrario, si ritiene giustificato l'intervento per l'attenuazione del dolore, attraverso la compassione e l'assistenza spirituale e materiale, con la conseguenza che anche la dottrina cattolica guarda con favore all'introduzione del testamento biologico nella misura in cui vengano escluse le disposizioni eutanasiche, ammettendo invece le disposizioni rivolte ad evitare ogni forma di accanimento terapeutico<sup>1415</sup>.

Tuttavia, il trasferimento della scelta di mantenimento in vita di un individuo dalla sua coscienza ad una legge autoritaria fondata sulla dottrina cattolica caratterizzerebbe inaccettabilmente il nostro ordinamento giuridico in termini di "ordinamento autoritario". Invero, l'ordinamento

---

<sup>13</sup> J. M. GALVAN, *Eutanasia e coerenza cristiana*, in *Uomini e idee*, 7, 2000.

<sup>14</sup> F. CAPUOZZO, *Problematiche di ordine etico e religioso*, in M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *Il testamento biologico, verso una proposta di legge*, Milano, 2007. Emblematica, a tal riguardo, la posizione espressa dal teologo cristiano Autiero in A. AUTIERO, *Una morte più umana*, in *Famiglia oggi*, 33, 1988, 38 ss., ove si afferma che la maniera più corretta di accompagnare il morente sulla soglia della sua morte «è quella di intervenire con ogni mezzo e senza risparmio di dosaggio per attenuare il dolore», dal momento che, se certamente esiste un significato positivo del soffrire, è anche vero che il soffrire atrocemente disumanizza la persona e le fa perdere la possibilità di essere presente alla propria morte. Per una prospettiva propria dell'etica protestante, che ha tentato di superare la predicazione di una legge priva di compassione, L. SAVARINO, *Bioetica cristiana e società secolare. Una lettura protestante delle questioni del fine vita*, Torino, 2012, 58 ss.; cfr. P. RAMSEY, *Basic Christian Ethics*, New York, 1950.

<sup>15</sup> Merita però segnalare che, secondo una visione cattolica più radicale, riportata in C. TRIPODINA, *Eutanasia, diritto, Costituzione, cit.*, l'etica della sacralità della vita biologica non può tollerare etiche concorrenti e determina la condanna assoluta di qualsiasi scelta di valore alternativa al naturale decorso della malattia.

può essere realmente considerato ispirato ad una logica liberale<sup>16</sup> soltanto se ad ogni opinione, che non sia in contrasto con i positivi divieti, si riconosce il diritto di esistere e di non essere ostacolata nella sua attuazione; in altre parole, un ordinamento «che si definisce libero entra in contraddizione con sé stesso se accoglie una norma che derivi, non dal suo principio costitutivo, ma da un assunto di natura religiosa che limiti, o non riconosca, il principio della parità delle opinioni»<sup>17</sup>.

Una soluzione siffatta, ispirata dall'imposizione coattiva della logica cattolica, non può ritenersi accettabile nell'attuale società "secolarizzata", non più basata o garantita da una forma di fede religiosa o da un determinato rapporto con Dio, ma politicamente libera da tali connessioni<sup>18</sup>. In una società secolarizzata, lo Stato non può e non deve interessarsi della salvezza eterna dei suoi cittadini, dovendo piuttosto occuparsi delle questioni terrene, in un contesto in cui la libertà di scelta prevale sulla verità precostituita e si conferisce all'ateismo la stessa dignità intellettuale e morale delle religioni<sup>19</sup>.

Dunque, un'impostazione di tale tenore deve ritenersi assolutamente inconciliabile con l'attuale superamento del risalente "vitalismo ippocratico", alimentato dalla tradizione cristiana, in luogo del riconoscimento all'individuo della piena titolarità delle scelte relative alla

---

<sup>16</sup> Per un'approfondita analisi socio – culturale e filosofica delle variegate declinazioni del concetto di libertà, N. BOBBIO, *Libertà*, in *Enciclopedia del Novecento* (1978), in [www.treccani.it](http://www.treccani.it) (accesso del 12 dicembre 2016).

<sup>17</sup> G. SASSO, *Sul Testamento biologico. Considerazioni e appunti*, in *La cultura*, 3, 2012, 499 – 500.

<sup>18</sup> C. TAYLOR, *The secular age*, Cambridge, 2007, 1 ss., il quale evidenzia che prima dell'attuazione di tale processo di secolarizzazione, comportarsi da religioso e da credente era un fatto statale rilevante sotto il profilo sociale e la verità asserita dalle gerarchie ecclesiastiche prevaleva sulla libertà reale.

<sup>19</sup> A. BENINI, *Eutanasia e testamento biologico in una società secolarizzata*, in *Iride*, 2, 2009, 273; cfr. anche R. HOLLOWAY, *Una morale senza Dio. Per tener fuori la religione dall'etica*, Milano, 2001, 72, il quale evidenzia il progressivo passaggio dell'attuale contesto sociale «da una moralità delle regole a una moralità dei valori, da una moralità imposta a una moralità del consenso».



propria salute, in una concezione della libertà che intende la stessa come condizione assoluta da esercitare in relazione a ciò che si preferisce e tale da arrestarsi soltanto dinanzi alle disposizioni legislative che individuano i beni indisponibili<sup>20</sup>.

Appare dunque preferibile, nell'attuale quadro costituzionale<sup>21</sup>, l'assunzione di una prospettiva laica fondata sul "principio di autonomia", intesa come «capacità di riflettere criticamente sulla struttura motivazionale del proprio agire, in modo da essere e continuare ad essere uno che sceglie»<sup>22</sup>, e concepita quale preconditione necessaria dell'etica e attributo primario dell'essere umano. In tale prospettiva, limiti e vincoli possono essere imposti solo per proteggere la società, mentre nessuno può arrogarsi il diritto di decidere cosa sia meglio per il singolo essere umano; pertanto, se la medicina è un'attività finalizzata alla rimozione degli ostacoli che impediscono la piena realizzazione delle potenzialità umane, allora il suo fine non può che essere quello di promuovere l'estrinsecazione dell'autonomia, in quanto *ratio essendi* della legge morale e valore intimamente connesso alla dignità dell'essere umano<sup>23</sup>.

D'altra parte, la Costituzione italiana consacra il principio di dignità dell'essere umano attraverso gli artt. 3, 32, 36 e 41, delineando lo stesso

---

<sup>20</sup> M. ARAMINI, *Introduzione alla Bioetica*, cit., 441 – 442. Trattasi di una posizione teorica ampiamente illustrata sub. Cap. 1, che rinviene il suo fondamento teorico negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione. Per approfondimenti, U. VERONESI (a cura di), *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, 189 ss.

<sup>21</sup> Cfr. par. 1.4.

<sup>22</sup> CNB, *Direttive anticipate di trattamento*, parere del 18 dicembre 2003.

<sup>23</sup> F. CAPUOZZO, *Problematiche di ordine etico e religioso*, cit., 177, la quale evidenzia che la dottrina del consenso informato, trasformando l'essenza del rapporto medico paziente, ha avuto il merito di far uscire l'individuo dal proprio stato di minorità, assegnandogli il diritto e la responsabilità di utilizzare in autonomia il proprio intelletto, seppur assoggettandosi alla guida del medico. Del resto, come evidenziato da P. SOBBRIO, *Il rapporto medico paziente alla luce del parere del CNB*, in M. GENSABELLA FURNARI (a cura di), *Il paziente, il medico e l'arte della cura*, Catanzaro, 2005, 76, dinanzi al testamento del biologico, il ruolo del medico, così come quello del notaio in riferimento al testamento pubblico, non si limita alla mera ricezione della volontà del paziente, ma è un ruolo attivo nel momento in cui, attraverso un'adeguata informazione, incide in un senso o nell'altro sulle dichiarazioni rese dal soggetto.

quale sintesi tra libertà ed uguaglianza, rafforzate nel loro essere fondamento della democrazia<sup>24</sup>. Basti pensare all'affermazione che «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale», contenuta nel summenzionato art. 3 Cost., orientata a rimarcare la primazia della dignità nella sua accezione sociale e tale da ribadire il concetto che la ricostruzione dell'eguaglianza formale non può essere condotta nell'indifferenza per la materialità della vita delle persone e per i legami sociali che le accompagnano, ma va necessariamente calata entro un personalissimo ed irripetibile contesto esistenziale, onde combattere realmente ogni forma anche larvata di discriminazione.

Una ricostruzione complessiva del sistema costituzionale italiano consente quindi di affermare che «per vivere occorre un'identità, ossia una dignità»<sup>25</sup>, delineandosi con nettezza la responsabilità pubblica per la costruzione di un contesto che consenta di passare dalla proclamazione di un diritto all'effettività del suo esercizio, in un processo di libera costruzione della personalità<sup>26</sup>.

Il tutto, però, ponendo particolare attenzione anche al timore di segno opposto paventato dal Centro di bioetica dell'Università Cattolica, ovvero il timore che «si stiano ponendo le premesse per uno stato etico che può decidere quando una vita è o no degna di essere vissuta, o per quanti anni

---

<sup>24</sup> In questo clima si compie la scelta che porterà alla consacrazione della dignità nell'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, tramutando la stessa da essenza e natura dell'uomo a modalità della sua libertà ed uguaglianza.

<sup>25</sup> P. LEVI, *I sommersi e i salvati*, Einaudi, Torino 1986, 103; sul concetto di dignità, cfr. anche R. DWORKIN, *Virtù sovrana. Teoria dell'eguaglianza*, trad. it, di G. BETTINI, Milano, 2002.

<sup>26</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, 200, il quale pone in evidenza il pericolo di artificiosa dissoluzione della ontologica dignità umana con le seguenti parole: «La dignità è sempre accompagnata, insidiata, dal rischio della caduta. Si diventa indegni in molti modi. Per rinuncia propria o rifiuto altrui, per scelta, espropriazione, aggressione, disperazione, sottomissione, accettazione, dedizione, ingratitudine. L'indegnità si nasconde, si confessa, si proclama, si subisce. Conosce tragitti diversi. Appartiene alla cultura, alla politica, alla fede. Soprattutto, sembra inseparabile dal mondo delle relazioni sociali, comunque dal rapporto con l'altro».

una persona in stato vegetativo possa essere assistita. Tutto ciò con il paravento della laicità e della libertà dell'individuo»; una laicità che «quando cessa di essere metodo di confronto e pretende di farsi interprete univoca del senso di cittadinanza, introduce un concetto arbitrario di vita e di morte che non ha alcun riferimento con i parametri dell'accertamento scientifico (...)»<sup>27</sup>. Difatti, in tal modo si giungerebbe parimenti al deprecabile esito di rimettere ad un organismo istituzionale le decisioni relative alle modalità del fine vita, con conseguente inaccettabile conculcazione della reale volontà dell'ammalato e della sua concezione dello stare al mondo.

In un contesto valoriale siffatto, tipico dell'attuale società “secolarizzata” e figlio di un Novecento tragico caratterizzato dal progressivo consolidamento di un rapporto condiviso – deliberatorio tra medico e paziente<sup>28</sup>, non può non ritenersi ammissibile la regolamentazione giuridica della figura del biotestamento, attraverso il quale si garantisce l'estrinsecazione della cd. “autodeterminazione preventiva”<sup>29</sup>, cristallizzando manifestazioni di volontà *pro futuro* potenzialmente relative tanto all'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, quanto ad atti

---

<sup>27</sup> Nota del Centro di Ateneo di Bioetica dell'Università Cattolica in merito al caso Englaro e ai problemi di assistenza socio – sanitaria (4.2.2009), in [www.centrodibioetica.it](http://www.centrodibioetica.it). Sul punto, cfr. P. GIUSTINIANI, *Davvero tutto finito? Riflessioni bioetiche sull'uscita dalla vita umana*, in L. CHIEFFI, P. GIUSTINIANI (a cura di), *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, Torino, 2010, 69.

<sup>28</sup> Modello in base al quale, come osservato sub par. 1.5., la scelta del trattamento è condivisa dal medico e dal paziente, rappresentando l'esito dello svolgersi di una relazione ispirata alla comunicazione, all'informazione, all'ascolto ed al silenzio, lungo un cammino morale nel quale il medico è tenuto a coadiuvare il paziente nell'esame dei valori coinvolti, alla stregua di un maestro o di un fratello maggiore; cfr. sul punto, M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *La parola al paziente. Il consenso informato e il rifiuto delle cure*, Milano, 2008, 32 ss.; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 146, ove si osserva che l'esigenza di personalizzare le cure e di coinvolgere la volontà del malato si contrappone ad approcci che concepiscono il malato come una sorta di sostrato oggettivo dell'attività del medico; R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010, 11 ss.

<sup>29</sup> Espressione adoperata da L. MILONE, *Il testamento biologico (living will)*, in *Vita notarile*, 1997, 87 ss.

straordinari come le scelte di fine vita<sup>30</sup>. In altre parole, solo l'apertura giuridica alla figura delle dichiarazioni anticipate di trattamento garantisce la reale vivificazione di quei valori di liberalismo e personalismo che sono il vanto, ad esito di una lunga e dolorosa esperienza, delle società "occidentali" e del quadro costituzionale italiano; e ciò tenendo conto che la piena corrispondenza dei trattamenti sanitari all'interesse del paziente, più o meno plausibile in tempi in cui gli sforzi della medicina risultavano unicamente diretti al ripristino di condizioni di benessere psico – fisico, diventa problematica e non più scontata in un periodo storico in cui le conquiste della tecnica sono in grado di protendere artificialmente il nostro organismo nello spazio e nel tempo pur senza ricostruire effettivamente la salute<sup>31</sup>, intesa nella sua moderna accezione che travalica la sfera puramente corporale.

### ***3.2. Le dichiarazioni anticipate di trattamento: riflessioni giuridiche***

Dunque, il *living will* è un "contenitore" dell'autodeterminazione individuale e può essere in astratto considerato come forma legittima di espressione di tale autodeterminazione biologica quando i potenziali contenuti dello stesso corrispondano ad una situazione di diritto

---

<sup>30</sup> A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine – vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Eur. e dir. priv.*, 2, 2013, 457 ss.

<sup>31</sup> D. CARUSI, *Consenso a cure palliative e ruolo dell'amministratore di sostegno. Quanto c'è bisogno di una legge sul "testamento biologico"*, in *Giur. it.*, 2, 2013; cfr. anche P. ZATTI, *Conclusioni*, in AA. VV. (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione*, Torino, 2012, 55 ss. Sul superamento del principio di beneficiarietà nell'attuale quadro giurisprudenziale, P. ZATTI, *Consistenza e fragilità dello ius quo utimur in materia di relazione di cura*, in *Nuova giur. civ.*, 1, 2015, 20020 ss., il quale evidenzia che i principi di diritto attualmente condivisi in riferimento al diritto di cure ed al rilievo dell'identità del paziente garantiscono «non solo la tutela del paziente ma un criterio di buona pratica clinica che tutela il professionista sanitario».

compatibile con il quadro costituzionale e normativo<sup>32</sup>. E, dunque, di validità del biotestamento può discutersi solo in riferimento a dichiarazioni anticipate di trattamento che, oltre a riguardare il compimento degli atti della vita quotidiana, non travalichino il limite del cd. “rifiuto di cure”, anche ove da tale rifiuto derivino le estreme conseguenze<sup>33</sup>. Al contrario, dovrà negarsi l'utilizzabilità dello strumento in riferimento a casi ritenuti non “disponibili” da parte della volontà del soggetto coinvolto<sup>34</sup>, come ad esempio in riferimento alle diverse forme di “eutanasia attiva”<sup>35</sup> o agli atti di disposizione del corpo da ritenersi vietati in base all'art. 5 c.c.<sup>36</sup>

Merita però segnalare, relativamente a tale ultima questione, che nel dibattito biogiuridico diverse voci cominciano a dubitare della plausibilità della tradizionale distinzione tra eutanasia passiva ed eutanasia attiva, distinzione che, nei fatti, a fronte di un'analogia pretesa di sottrarsi ad una condizione di fine vita permeata da sofferenza, finisce col discriminare chi

---

<sup>32</sup> Sul punto, cfr. M. ARAMINI, *Introduzione alla Bioetica*, cit., 446, il quale osserva che non possono ritenersi giuridicamente vincolanti le dichiarazioni anticipate che siano in contraddizione non solo col diritto positivo, ma anche con le norme di buona pratica clinica o con la deontologia medica. Cfr. anche AA. VV., *Le manifestazioni anticipate di volontà: il living will tra autodeterminazione della persona e autonomia del medico*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013, 77, ove si osserva che le DAT possono contenere espressioni di volontà inerenti: assistenza religiosa; donazione di organi; impiego del cadavere o di sue parti per scopi di ricerca e/o didattici; modalità di umanizzazione della morte (cure palliative, richiesta di cure domiciliari, ecc...); preferenze sulle alternative diagnostico – terapeutiche che possono presentarsi nel corso della malattia; dissenso rispetto a forme di accanimento terapeutico o sostegno vitale; sospensione dell'alimentazione o dell'idratazione artificiale.

<sup>33</sup> Invero, come evidenziato sub par. 1.4., circa la compatibilità del “rifiuto di cure” con il quadro costituzionale si è espresso positivamente il Giudice delle leggi; cfr. Corte cost., 5 febbraio 1985, n. 161; Corte cost., 7 luglio 1999, n. 309; Corte cost., 25 novembre 2011, n. 322. Nel medesimo senso si è espressa anche la giurisprudenza di legittimità e la giurisprudenza amministrativa; cfr. Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748 e Cons. St., Sez. VI, 2 settembre 2014, n. 4460.

<sup>34</sup> A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci ed ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Dir. Un. Eur.*, 1, 2014, 618.

<sup>35</sup> Cfr., sul punto, par. 2.1.1.

<sup>36</sup> Cfr., sul punto, par. 1.4.

“non sia in grado di morire da solo” da chi, invece, “sia in grado di morire naturalmente”<sup>37</sup>.

Ciò premesso quanto al versante contenutistico, è opportuno altresì soffermarsi sugli ulteriori profili di opinabilità giuridica sollevati da tale istituto nella sua dimensione vincolante.

Giuridicamente, il testamento biologico può qualificarsi quale negozio giuridico unilaterale, *inter vivos*, la cui efficacia è differita al momento in cui subentri lo stato di incapacità e si protrae nel tempo successivo. Quindi, esso potrà essere autenticato da un notaio, che garantirà la capacità del dichiarante e la riferibilità allo stesso delle dichiarazioni, ferma restando l’attuale assenza di un intervento normativo che ne regolamenti la vincolatività giuridica<sup>38</sup>.

Uno dei rilievi più frequentemente mossi alle dichiarazioni anticipate riguarda l’astrattezza e genericità di cui questi documenti inevitabilmente soffrirebbero; «un’astrattezza e genericità dovuta alla distanza, psicologica e temporale, tra la condizione in cui le dichiarazioni vengono redatte e la situazione reale di malattia in cui esse dovrebbero essere applicate», che rischia di rendere le stesse non calibrate sulla concreta condizione esistenziale in cui il paziente si trova<sup>39</sup>. D’altra parte, è forse persino

---

<sup>37</sup> A. VALLINI, *Rifiuto di cure “salvavita” e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 1, 2008, 68 ss.

<sup>38</sup> Delibera del Consiglio Nazionale del Notariato del 23 giugno 2006, ove si legge che «alla luce della attuale normativa, il notaio, richiesto di autenticare la sottoscrizione di una dichiarazione relativa ad un testamento di vita, possa farlo, non ravvisandosi alcuna contrarietà a norme di legge». Cfr. anche, A. SCALERA, *Direttive anticipate di trattamento e disabilità*, in *Fam. e dir.*, 4, 2013, 413 ss., il quale addirittura ritiene che le direttive anticipate, «in quanto espressione di un preventivo dissenso/consenso alle cure, costituiscono un fenomeno di autonomia negoziale che, a prescindere da una specifica disciplina legislativa, va riconosciuto come lecito e produttivo di effetti nei limiti generalmente consentiti dall’ordinamento».

<sup>39</sup> CNB, *Direttive anticipate di trattamento*, parere del 18 dicembre 2003. Nel medesimo senso, N. CAMORETTO, *Testamento biologico e rispetto della dignità umana. Una prospettiva etico – clinica*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2016, 244 – 245, ove si rileva che, se il sottoscrittore del testamento biologico non si trova in una condizione patologica che lo rende bisognoso di cure mediche, difetta della conoscenza

augurabile che la redazione delle dichiarazioni avvenga nel tempo in cui la persona è nel pieno possesso delle sue facoltà mentali ed in buona salute, così da poter riflettere approfonditamente sui suoi valori e sulla sua concezione della vita al riparo dallo stress e dalle suggestioni provocate dall'insorgere della malattia.

Peraltro, tale astrattezza potrebbe risultare ulteriormente incrementata dalla scarsa competenza tecnica di chi elabora le manifestazioni anticipate di volontà, posto che una non corretta interpretazione delle diverse situazioni cliniche, aggiunta ad una non perfetta conoscenza del quadro normativo e costituzionale, potrebbe condurre a dichiarazioni ambigue e distoniche rispetto alla realtà fattuale<sup>40</sup>, espressive di un'autodeterminazione soltanto formale.

Dette circostanze ingenerano il rischio di una scarsa affidabilità delle direttive anticipate, risultando il paziente concretamente privato della possibilità di maturare la propria volontà attraverso un confronto effettivo con la concreta situazione in cui versa, potenzialmente caratterizzata anche dalla sopravvenienza di acquisizioni scientifiche e tecnologiche tali da rendere curabile, o diversamente curabile, una patologia prima considerata irrimediabile.

Tuttavia, le preoccupazioni legate all'astrattezza e genericità del testamento biologico possono considerarsi mitigate dalla circostanza che lo stesso può in ogni momento essere revocato o modificato in considerazione dei mutamenti legati al profilo patologico o esistenziale del dichiarante, nonché tenendo conto degli eventuali avanzamenti della scienza medica.

---

esperienziale del proprio stato di malattia che invece caratterizza l'istituto del consenso informato, conoscenza necessariamente derivante dalla quotidiana convivenza con l'affezione, e non solo dal confronto con medici ed altri esperti; pertanto, detto soggetto non dispone di elementi sufficienti per costituire una premessa cognitiva valida tale da fondare una libera scelta riguardo a quella specifica situazione.

<sup>40</sup> AA. VV., *Le manifestazioni anticipate di volontà*, cit., 77.

Inoltre, si prospetta per il dichiarante la possibilità di provvedere alla nomina di un fiduciario per la concreta attuazione delle direttive, soggetto onerato del compito di fornire al medico tutti i chiarimenti relativi al contenuto delle disposizioni anticipate, contestualmente garantendo una attualizzazione continuativa delle stesse, quale sorta di *alter ego* chiamato a rappresentare gli interessi personali del paziente. In altre parole, il fiduciario avrebbe il compito specifico di tutelare gli interessi sanitari ed i desideri precedentemente espressi dal paziente, qualora sorgessero dubbi sull'interpretazione ed attualità di tali desideri, vigilando sulla corretta ed adeguata esecuzione delle direttive. Da ciò consegue la necessaria strutturazione del testamento biologico in due parti complementari: una prima attraverso la quale il dichiarante fornisce istruzioni in merito ai trattamenti sanitari ritenuti accettabili (cd. direttiva di istruzioni); una seconda all'interno della quale nomina un delegato responsabile della concretizzazione in ambito sanitario di tali scelte (cd. direttiva di delega)<sup>41</sup>. Purtroppo, è indubbio che la figura del fiduciario dovrà essere modellata dal legislatore distaccandosi dagli schemi codicistici riferibili al tutore. Difatti, mentre la tutela ordinamentale dei maggiorenni incapaci rispecchia una linea culturale più attenta alla cura del patrimonio, per l'adeguata gestione del profilo esistenziale si rende necessaria l'introduzione di una nuova disciplina che abbia quale centro tolemaico di rotazione la salvaguardia degli interessi personali dell'incapace, che attengono agli stati e alla capacità della persona; in altre parole, al suo intimo essere. In tale ordine di idee, risultano superabili anche le critiche relative alla mancanza di attualità del consenso espresso attraverso le direttive anticipate. E ciò in quanto, a ben vedere, il requisito dell'attualità richiesto

---

<sup>41</sup> S. VOCATURO, *La volontà del soggetto nell'ambito dell'Advance Health Care Planning: brevi riflessioni in tema di testamento biologico*, in *Riv. not.*, 4, 2007, 905 ss.



dalla giurisprudenza di legittimità in riferimento al consenso informato<sup>42</sup>, esprime un concetto logico, piuttosto che meramente cronologico – temporale, come dimostrato dalla L. n. 91/1999 sul trapianto di organi, che già da tempo ha aperto la strada, sebbene in altro contesto, all’efficacia giuridica della volontà espressa “ora per allora”<sup>43</sup>.

A ciò deve aggiungersi che per la redazione delle DAT si rende opportuno l’utilizzo della forma dell’atto pubblico o della scrittura privata autenticata, tendenzialmente richiesta dal legislatore per gli atti dispositivi in materia di diritti personalissimi in quanto idonea a garantire, in considerazione dei delicati interessi in gioco, un’adeguata ponderazione e responsabilizzazione del consenso, nonché la certezza dell’atto<sup>44</sup>.

Un ulteriore profilo di opinabilità degno di nota concerne la concreta configurazione che deve assumere la condotta del medico per garantire l’effettiva osservanza delle dichiarazioni. Invero, se tale condotta dovesse consistere in una fredda e formale adesione alla lettera delle dichiarazioni si

---

<sup>42</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. III, 25 novembre 1994, n. 10014; Cass. civ., Sez. III, 16 maggio 2000, n. 6318; Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2001, n. 1572; Cass. civ., Sez. III, 30 luglio 2004, n. 14638.

<sup>43</sup> CNB, *Direttive anticipate di trattamento*, parere del 18 dicembre 2003. Cfr. anche S. PATTI, *L’autonomia decisionale della persona alla fine della vita*, in U. VERONESI (a cura di), *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, 11; L. D’AVACK, *Scelte di fine vita*, in U. VERONESI (a cura di), *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, 84; S. VOCATURO, *La volontà del soggetto*, cit., il quale sottolinea che depone nel medesimo senso anche l’introduzione, avvenuta con L. n. 6/2004, della figura dell’amministratore di sostegno, attraverso la quale il legislatore ha mostrato di conferire una certa qual rilevanza alle manifestazioni anticipate di volontà del soggetto incapace (cfr. art. 408 c.c.), seppur con le surriferite limitazioni giurisprudenziali.

<sup>44</sup> Sulla *ratio* delle prescrizioni ordinamentali di forma, C. M. BIANCA, *Diritto civile. Vol. 3: Il contratto*, Milano, 2000, 278 – 279; cfr. anche, G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969; P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987; G. MIOTTO, *Problematiche, attualità e prospettive delle dichiarazioni anticipate di volontà tra diritto vivente e proposte legislative*, in *Fam. Pers. Succ.*, 7, 2012, 529 ss., il quale osserva che anche il disposto di cui all’art. 408 c.c. ha vincolato la designazione anticipata dell’amministratore di sostegno alla forma dell’atto pubblico o della scrittura privata autenticata, esprimendo, in riferimento alla materia degli atti personalissimi, la volontà legislativa di garantire, attraverso apposite prescrizioni formali, la certezza circa la provenienza ed il contenuto delle dichiarazioni, ulteriormente incentivando l’adeguata riflessione dello stesso.

verrebbe a determinare un automatismo antidialogico, tale da contraddire l'attuale configurazione del rapporto medico paziente, che ha assunto le sembianze del modello condiviso – deliberatorio, ed idoneo ad indebolire il valore etico e medico – terapeutico dell'istituto.

Pertanto, diversi autori hanno sottolineato la necessità di non obliterare il ruolo del medico, chiamato a ponderare il significato, anche psicologico, delle richieste che gli vengano rivolte dal paziente o dal fiduciario e il contesto relazionale nell'ambito del quale sono state formulate, ruolo il cui mantenimento appare assolutamente necessario affinché possa continuare a parlarsi, anche in tali peculiari situazioni, di una effettiva alleanza terapeutica<sup>45</sup>. Ma ciò pur sempre rifuggendo approcci generalizzanti e, dunque, evitando, da un lato, soluzioni che conculchino paternalisticamente la sfera di libertà individuale costituzionalmente tutelata in nome dell'astratto scopo di salvaguardare “situazioni di debolezza”; dall'altro, generalizzazioni di senso contrario, tali da concepire il paziente che chiede di essere lasciato morire sempre e comunque come perfettamente libero, consapevole e deciso.

E tale punto di equilibrio può essere rinvenuto solo attraverso una ponderata soluzione legislativa, che preveda forme di verifica “procedimentale” della serietà e libertà della pretesa del paziente, pur senza sconfinare in una valutazione circa la condivisibilità ed opportunità delle scelte effettuate<sup>46</sup>, intimamente legate alla sua irripetibile essenza valoriale. Altra problematica di non poco momento, cui già in precedenza si è fatto cenno, concerne la vincolatività giuridica delle dichiarazioni anticipate di trattamento.

---

<sup>45</sup> L. EUSEBI, *Introduzione al focus (I). Menomazioni gravi della salute: “diritto di vivere” o “diritto di morire”?* *Questioni aperte circa le dichiarazioni di rifiuto delle terapie*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2014, 483 ss.

<sup>46</sup> A. VALLINI, *Introduzione al focus (II). Il diritto di rifiutare le cure e i suoi risvolti: spunti per una discussione multidisciplinare*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2014, 495 ss.

Al riguardo, occorre sottolineare preliminarmente la differenza intercorrente tra il testamento biologico e l'istituto della designazione anticipata dell'amministratore di sostegno *ex art. 408 c.c.* Tale ultima disposizione implica il conferimento di un incarico di natura pubblicistica, dal momento che la nomina dell'amministratore viene pur sempre effettuata dal giudice, sebbene tenendo conto della designazione manifestata<sup>47</sup>. Al contrario, il testamento biologico contiene una volontà direttamente produttiva di effetti, sia per quanto riguarda la nomina del fiduciario, sia per quanto riguarda le direttive espresse<sup>48</sup>; volontà che, risultando condensata in un negozio unilaterale, in assenza della mediazione di un provvedimento giudiziale, può acquisire vincolatività giuridica nei confronti dei terzi (ed in particolare del medico) solo ove avvenga uno specifico riconoscimento legislativo in tal senso<sup>49</sup>.

Difatti, proprio in considerazione della surriferita astrattezza, le DAT non sono sovrapponibili in pieno al consenso informato manifestato dal paziente cosciente nel rapporto dialogico con il medico, idoneo ad orientarne vincolativamente l'operato in virtù del fondamento costituzionale della libertà di autodeterminazione. Piuttosto, allo stato attuale, il riferimento normativo da adoperare è costituito dall'art. 9 della Convenzione di Oviedo, a tenore del quale è soltanto necessario «prendere

---

<sup>47</sup> G. FERRANDO, *Amministratore di sostegno*, cit., 277; cfr. anche G. BONILINI, *Testamento per la vita e amministrazione di sostegno*, in U. VERONESI (a cura di), *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, 199.

<sup>48</sup> P. FIMIANI, *Amministrazione di sostegno e testamento biologico*, in *Giust. civ.*, 2, 2010, 93 ss.

<sup>49</sup> Sottolinea l'assoluta necessità di conferire vincolatività giuridica alle DAT P. BORSELLINO, *La sfida di una buona legge in materia di consenso informato e di volontà anticipata sulle cure*, in *BioLaw Journa – Rivista di BioDiritto*, 3, 2016, 98 – 99. Più precisamente, l'Autrice osserva che ove si conferisse alle dichiarazioni anticipate il valore di meri orientamenti che il medico deve semplicemente tenere in considerazione, si svuoterebbe completamente di significato lo strumento che ci si sta sforzando di mettere a punto; e ciò riportando in onore, con tutte le implicazioni paternalistiche che ne derivano, la tesi che sia la finalità terapeutica, e non la reale volontà della persona caduta in stato di incapacità, a legittimare l'intervento sanitario. Cfr. anche P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Milano, 2009, 122 – 129.

in considerazione» i desideri precedentemente manifestati dal paziente non più in grado di esprimere autonomamente la sua volontà. Del resto, nel medesimo senso depone anche il Codice di deontologia medica, il cui art. 38 prevede che il medico debba tenere conto delle «dichiarazioni anticipate di trattamento espresse in forma scritta, sottoscritta e datata da parte di persona capace e successive a un'informazione medica di cui resta traccia documentale», ma non lo vincola giuridicamente al rispetto delle stesse, imponendo, peraltro, una verifica circa la loro «congruenza logica e clinica con la condizione in atto»<sup>50</sup>.

Peraltro, la necessità di un immediato intervento normativo sul punto è stata portata drammaticamente alla luce anche dalla Corte costituzionale. Infatti, in assenza di una legge statale di disciplina delle DAT, si è assistito alla proliferazione di provvedimenti legislativi regionali volti all'istituzione di registri per il deposito e la pubblicità di tali documenti<sup>51</sup>.

Ebbene, la Consulta ha recentemente affermato l'illegittimità costituzionale delle Leggi n. 4/2015 e n. 16/2015 della Regione autonoma Friuli – Venezia Giulia, che prevedevano l'istituzione di un registro regionale volto a raccogliere le dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario, nonché eventualmente le disposizioni di volontà in merito alla donazione *post mortem* di organi e tessuti per i cittadini residenti nella Regione. Secondo il Giudice delle leggi, la predisposizione di una disciplina organica e puntuale

---

<sup>50</sup> Per approfondimenti sul punto, G. MIOTTO, *Problematiche, attualità e prospettive delle dichiarazioni anticipate*, cit., 529 ss. L'Autore sembra addirittura sostenere, attraverso un profilo logico – argomentativo che non manca di suscitare consistenti perplessità quanto al disconoscimento della differenza ontologica intercorrente tra consenso informato e dichiarazioni anticipate di trattamento, che «se le d.a.t. sono un atto negoziale e questo possiede tutti i requisiti di validità richiesti dal diritto positivo, non può negarsi che esso debba produrre gli effetti giuridici voluti dal suo autore, vale a dire quelli di vincolare l'operato del medico alla propria volontà (...) Pertanto, alle “dichiarazioni anticipate” dovrà riconoscersi lo stesso valore giuridico condizionante la legittimità dell'atto medico che ordinariamente si attribuisce alla manifestazione di volontà del paziente espressa nell'imminenza del compimento di quest'ultimo».

<sup>51</sup> Cfr. *Mappa delle iniziative sul Registro del Testamento Biologico*, in [www.associazionelucacoscioni.it](http://www.associazionelucacoscioni.it) (accesso del 28 – 12 – 2016).

che sottrae gli intendimenti del singolo in materia di atti personalissimi alla sfera privata facendoli confluire in un registro pubblico, ed in tal modo concretizza la sua libertà di cura, rientra nella materia legislativa dell'«ordinamento civile», che l'art. 117, comma 2, lettera l), Cost. riserva alla potestà esclusiva statale, non potendo invece essere oggetto di legge regionale<sup>5253</sup>. Inoltre, la Corte ha altresì riscontrato una violazione dell'art. 3 Cost., dal momento che una normativa in tema di disposizioni di volontà relative ai trattamenti sanitari nella fase terminale della vita, incidendo su aspetti essenziali della identità e della integrità della persona, necessita di uniformità di trattamento su tutto il territorio nazionale, per ragioni imperative legate al principio di uguaglianza, ragioni sottese anche alla riserva allo Stato della competenza legislativa esclusiva in materia di «ordinamento civile».

Emerge quindi ancor più drammaticamente, in conseguenza dell'illegittimità degli interventi legislativi regionali, oltre che dell'impossibilità, per la giurisprudenza, di valorizzare gli strumenti normativi già presenti nell'ordinamento civile, il vuoto di tutela esistente proprio in riferimento alle persone che maggiormente si collocano in posizione di debolezza. E ciò in un contesto socio – economico nel quale l'individuazione degli spazi di libertà personale destinati ad incidere sui confini dell'esistenza, pur rappresentando espressione dell'essenza valoriale del singolo individuo, è compito che invade prepotentemente la dimensione pubblicistica, chiamata in causa ogni qual volta le scelte dei

---

<sup>52</sup> Corte cost., 14 dicembre 2016, n. 262.

<sup>53</sup> In tal modo, i giudici della Consulta riprendono un orientamento teorico cui in parte aveva già precedentemente aderito Corte cost., 4 luglio 2006, n. 253, dichiarando l'illegittimità costituzionale della Legge n. 63/2004 della Regione Toscana nella parte in cui prevedeva il diritto di ciascuno di indicare la persona delegata ad esprimere il consenso a determinati trattamenti terapeutici, nel caso in cui il diretto interessato versasse in condizioni di incapacità naturale e vi fosse urgenza di provvedere.

singoli intervengano su principi ritenuti indisponibili secondo una piattaforma comune di valori<sup>54</sup>.

E dunque, proprio alla luce del coinvolgimento di valori fondamentali all'interno dell'attuale tessuto economico – sociale, tali da traghettare il rilievo della delicata tematica al di là dei ristretti confini privatistici e da richiedere una regolamentazione unitaria sul piano nazionale, desta perplessità ancora maggiore la persistente inerzia legislativa che, ingenerando la creazione di pericolosi «spazi liberi dal diritto»<sup>55</sup>, amplifica il rischio di frustrare la progressiva affermazione dell'autodeterminazione individuale quale valore insopprimibile, che porta con sé il peso delle tremende battaglie combattute negli anni oscuri della prima metà del Novecento.

Del resto, la nostra Costituzione, pur non affrontando esplicitamente questi temi, ha una forte capacità di essere “riletta” per trovare indicazioni circa la relativa disciplina, cui il legislatore deve adeguatamente rifarsi onde realizzare un adeguato bilanciamento dei valori in gioco, evitando di delegare al giudice scelte che, come osservato dalla stessa Corte costituzionale<sup>56</sup>, devono essere politiche e generali<sup>57</sup>.

### ***3.3. Il quadro normativo sovranazionale e le esperienze virtuose***

---

<sup>54</sup> Considerazione magistralmente espressa ed approfondita in B. DUDEN, *Io corpo della donna come luogo pubblico. Sull'abuso del concetto di vita*, Torino, 1994.

<sup>55</sup> Espressione icasticamente adoperata per descrivere l'attuale situazione normativa da Cons. St., Sez. VI, 2 settembre 2014, n. 4460.

<sup>56</sup> Corte cost., 14 dicembre 2016, n. 262.

<sup>57</sup> G. M. FLICK, *A proposito di testamento biologico: spunti per una discussione*, in *Pol. dir.*, 4, 2009, 515 – 517. L'Autore, nel sottolineare la necessità di un intervento legislativo, sofferma l'attenzione sui rischi derivanti dalla delega all'Autorità Giudiziaria della creazione di diritti relativi alla gestione del fine vita: una delega siffatta rischia di innescare una profonda disomogeneità tra le pronunce, in considerazione della peculiarità delle singole situazioni di vita considerate; la violazione del principio di uguaglianza; la delegittimazione della politica, con conseguente conculcazione della volontà popolare, in nome della tecnica.

L'elaborazione di un progetto normativo funzionale al soddisfacimento delle esigenze di tutela fin qui analizzate, pur dovendosi necessariamente inscrivere entro un ben preciso quadro valoriale, i cui tratti rinvergono la loro definizione nella Carta e nella giurisprudenza costituzionale, può, e auspicabilmente deve, trarre ispirazione dalle soluzioni adottate negli ordinamenti giuridici di quei paesi la cui esperienza nella gestione del fine vita si sia dimostrata virtuosa<sup>58</sup>.

Appare dunque opportuna un'indagine che focalizzi l'attenzione sul panorama europeo<sup>59</sup>, in considerazione della condivisione dei valori fondamentali che, negli ultimi settant'anni, hanno caratterizzato l'esperienza eurounitaria<sup>60</sup>. Difatti, proprio il confronto tra sistemi e discipline eterogenei – ma armonizzati entro un medesimo quadro valoriale di fondo – può far emergere efficacemente la molteplicità delle possibili opzioni normative e giurisprudenziali, consentendo l'individuazione delle soluzioni più adatte a rispondere alle istanze emerse all'interno del nostro ordinamento.

Tale operazione esegetica deve essere però sorretta dalla consapevolezza che le soluzioni elaborate al di fuori dei confini nazionali vanno reinterpretate alla luce dei valori fondanti che animano il funzionamento del tessuto sociale nostrano, non sempre pienamente condivisi al di là di tali confini. Non può infatti dimenticarsi che l'area della bioetica e del biodiritto, analogamente a quanto accade con il diritto penale, si lega inscindibilmente con le tradizioni e i valori tipici del peculiare patrimonio giuridico – culturale dei singoli Stati nazionali, normalmente consacrato

---

<sup>58</sup> Sull'importanza delle analisi comparatistiche nella regolamentazione delle dichiarazioni anticipate di trattamento, A. GUARNIERI, *Profili giuridici della fine della vita umana*, in *Resp. civ. e prev.*, 9, 2009.

<sup>59</sup> Per un'indagine di dimensione più ampia, che travalica i confini europei, C. CASONATO, *Fine vita: il diritto all'autodeterminazione*, in *Il Mulino*, 4, 2017, 598 ss.

<sup>60</sup> Cfr. parr. 1.3. e 1.5.

all'interno delle rispettive Carte fondamentali<sup>61</sup>, e le scelte relative a questo settore con tale patrimonio devono costantemente confrontarsi e coordinarsi, onde risultare realmente espressive del comparto ideologico su cui si fonda e sorregge la nostra comunità.

Il quadro compositivo dei valori in gioco, entro il quale si inseriscono le iniziative legislative intraprese dagli stati europei in materia di fine vita, risulta profondamente influenzato dai principi ricavabili dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nella dimensione ermeneutica ad essa conferita attraverso il lavoro incessante della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Tra i diritti consacrati nella CEDU assumono particolare rilievo, in tale settore di indagine, il diritto alla vita (art. 2), il diritto a non essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti (art. 3), il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), la libertà di pensiero e coscienza (art. 9), il divieto di ogni discriminazione (art. 14).

Così come acquista particolare rilievo la giurisprudenza della Corte EDU, puntuale nell'osservare che l'art. 2 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali protegge il diritto alla vita, senza il quale il godimento di ciascuno degli altri diritti o libertà contenuti nella Convenzione stessa diventa inutile; e ciò precisando che tale disposizione, per un verso, non può, senza che ne venga distorta la lettera, essere interpretata nel senso che essa attribuisca il diritto diametralmente opposto, cioè un diritto di morire, né, per l'altro verso, può creare un diritto di autodeterminazione nel senso di attribuire a un individuo la facoltà di scegliere la morte piuttosto che la vita. Piuttosto, i giudici di Strasburgo si premurano di sottolineare che l'imposizione di un trattamento medico

---

<sup>61</sup> Basti pensare alla diversità delle soluzioni cui i diversi Stati europei sono pervenuti, nel corso dell'ultimo secolo, in materia di fecondazione assistita, di interruzione volontaria di gravidanza, di commercio e consumo di sostanze stupefacenti, tutte materie eticamente sensibili.



senza il consenso di un paziente adulto e mentalmente consapevole interferirebbe con l'integrità fisica di una persona in maniera tale da poter coinvolgere i diritti protetti dall'art. 8.1 della Convenzione (diritto alla vita privata); e che una persona potrebbe pretendere di esercitare la scelta di morire rifiutandosi di acconsentire ad un trattamento potenzialmente idoneo a prolungare la vita<sup>62</sup>.

Tale ordine di idee, chiaramente manifestato dalla giurisprudenza europea, ha trovato recepimento nel quadro normativo del Regno Unito, ove già da tempo le istanze di tutela delle persone deboli nella gestione dell'itinerario sanitario, comparse nella quotidianità giudiziaria, hanno rinvenuto una specifica regolamentazione legislativa<sup>63</sup>.

In Gran Bretagna, la cornice valoriale di riferimento inizia ad essere delineata da due risalenti provvedimenti legislativi: l'*Homicide act* del 1957 ed il *Suicide act* del 1961<sup>64</sup>.

Il primo si occupa di regolamentare il cd. "patto suicida", ossia l'accordo con cui una persona si obbliga ad uccidere l'altro contraente per poi darsi la morte; e ciò prevedendo che chi contravviene al patto procurando la morte dell'altro ma non la propria risponde di *voluntary manslaughter*, ossia di una forma attenuata di omicidio doloso. Nel contempo, il *Suicide act* ha abolito il reato di suicidio, mantenendo ferma la rilevanza penale dell'aiuto

---

<sup>62</sup> Corte EDU, 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*. Per una riflessione ampia circa il diritto di orientare la fine della vita nel quadro comune europeo, C. VENDITTI, *In tema di scelte individuali per la fine della vita nel quadro comune europeo*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013; B. SALVATORE, *Il diritto all'autodeterminazione e le decisioni di fine vita in Italia: il ruolo dell'amministrazione di sostegno*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013.

<sup>63</sup> Per una riflessione critica sull'organizzazione del sistema sanitario britannico, A. FICORILLI, *La relazione di fiducia. Un approccio bioetico alle questioni di cura*, Firenze, 2014, 52 – 56.

<sup>64</sup> Il cui testo integrale è consultabile sul sito internet [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk).

e dell'istigazione al suicidio, fatti cui trovano però applicazione pene meno gravi rispetto a quelle ordinarie previste per l'omicidio.

Ambedue i provvedimenti contribuiscono a tracciare un quadro di tutela penale che condanna le fattispecie di eutanasia attiva, configurando, però, un'ipotesi criminosa attenuata, quanto a disvalore e conseguente risposta sanzionatoria, ove la morte sia cagionata in ottemperanza di un "patto suicida", nonché ove si presti un'assistenza "compassionevole" al suicidio<sup>65</sup>.

Tuttavia, e nel contempo, è principio ormai da tempo acquisito dalle Corti inglesi quello della piena libertà di autodeterminazione del paziente sulla scelta dei trattamenti diagnostici e terapeutici cui sottoporsi, con conseguente possibilità di rifiutare le cure salvifiche e di optare per l'interruzione delle stesse nei confronti del paziente incosciente, ove non idonee a sortire alcun effetto utile<sup>66</sup>.

Tenendo conto delle indicazioni provenienti dall'esperienza giurisprudenziale, il legislatore britannico ha disciplinato espressamente la materia delle dichiarazioni anticipate di trattamento nel 2005, con l'emanazione del *Mental capacity act*, entrato in vigore il 1° aprile 2007<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> S. ANTONELLI, *Questioni di fine vita tra Stati Uniti ed Europa*, in M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *Il testamento biologico, verso una proposta di legge*, Milano, 2007, 213 – 214, ove si osserva altresì che in Gran Bretagna il dibattito sull'eutanasia attiva è sempre stato particolarmente vivo, posto che la *Voluntary Euthanasia Society* (che più di recente ha mutato il suo nome in *Dignityindying*), organizzazione particolarmente attiva in questo campo e di rilievo mondiale, nonché referente di soggetti istituzionali quale ad esempio la *House of Lords Select Committee on Medical Ethics*, fu fondata proprio in Inghilterra nel 1935 da Lord Moynihan e dal medico Killick Millard. Cfr. anche C. CASONATO, *Morte dignitosa e sospensione delle cure, ordinamenti giuridici a confronto*, in [www.jus.unitn.it](http://www.jus.unitn.it) (accesso del 23 marzo 2017); D. MINUTELLI, *L'eutanasia ed il suicidio assistito: aspetti etici e giuridici*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013, 319 ss.

<sup>66</sup> Cfr. *Airedale NHS Trust vs. Bland* AC 789.

<sup>67</sup> Il cui testo integrale è consultabile sul sito internet [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk).

Detto provvedimento regola le modalità attraverso le quali possono essere assunte decisioni relative alla sfera personale e patrimoniale di soggetti caduti in stato di incapacità di intendere e di volere, delineando due principali strumenti: il *lasting power of attorney* e la *advance decision to refuse treatment*.

Il primo è l'atto scritto mediante il quale una persona fisica, maggiorenne e capace di agire, detta *donor*, conferisce ad un'altra persona, anch'essa maggiorenne e capace, detta *donee*, il potere di prendere al suo posto decisioni relative alla salute ed al patrimonio. Le *advanced decisions*, invece, presentano i tratti delle DAT, sostanziandosi in dichiarazioni attraverso le quali una persona manifesta la sua volontà di essere o di non essere sottoposto a trattamenti sanitari per il tempo in cui si trovi nell'impossibilità consentirvi o dissentirvi espressamente, vincolando il medico a tali scelte, con conseguente perseguibilità dello stesso ove non vi si adegui.

Per la validità di tali direttive, il legislatore prevede condizioni piuttosto stringenti. Invero, se di regola possono essere rese anche oralmente, ove riguardino trattamenti di *life – sustaining* o *life – saving*, devono essere redatte in forma scritta e sottoscritte dal disponente in presenza di un testimone, altresì attestando la consapevolezza del dichiarante circa la rischiosità del rifiuto in riferimento alla sua sopravvivenza. Inoltre, tali direttive possono essere revocate anche senza far ricorso alla forma scritta, che si rende invece necessaria per l'eventuale modifica o integrazione delle stesse<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> Ove sussistano eventuali dubbi circa l'esistenza, la validità o l'applicabilità di tali direttive, la questione viene rimessa all'Autorità Giudiziaria. Inoltre, qualora il disponente conferisca al *donee* un *lasting power of attorney* che gli attribuisce il potere di scegliere se praticare o meno su di lui un trattamento medico su cui già aveva disposto in una direttiva formulata in precedenza, tale direttiva rimarrà priva di effetto e nei casi dubbi sarà l'Autorità Giudiziaria a decidere sul punto.

Solo ove il paziente caduto in stato di incapacità non abbia preventivamente nominato un *donee*, né formulato *advanced directives*, è previsto l'intervento diretto dell'Autorità Giudiziaria, che adotterà i provvedimenti più opportuni per la salvaguardia degli interessi della persona debole, con eventuale nomina di un tutore i cui compiti e le cui competenze sono aprioristicamente ben determinati<sup>69</sup>, in conformità del principio del *best interest*<sup>70</sup>.

In parte differente è il sistema giuridico di salvaguardia degli incapaci codificato dall'ordinamento francese che, recependo i risultati scientifici della teoria psicoanalitica, legata alla valorizzazione della comunicazione individuale, delle relazioni sociali e dell'attività lavorativa, piuttosto che all'immobilizzazione ed all'isolamento della persona incapace, già con l'entrata in vigore della L. n. 68 – 5 del 3 gennaio 1968 articola un sistema di protezione finalizzato a favorire il reinserimento sociale dell'“ammalato”, garantendo, per quanto possibile, il mantenimento delle relazioni familiari e solidaristiche<sup>71</sup>.

Fa dunque parte della fisiologia di tale quadro normativo la particolare attenzione dimostrata in riferimento alla dignità ed alla qualità della vita del malato, valori che costituiscono l'ispirazione di fondo della L. n. 370/2005, la quale, ad esito di un articolato dibattito giuridico e sociale, incide su

---

<sup>69</sup> R. CATALANO, *La rilevanza delle dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario in Italia e in altri paesi: esperienze a confronto*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013, 97 – 99; cfr. anche D. PROVOLO, *Le direttive anticipate: profili penali e prospettiva comparatistica*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. I, Milano, 2011, 1969 ss.

<sup>70</sup> Come osservato da S. ANTONELLI, *Questioni di fine vita tra Stati Uniti*, cit., 215, trattasi del principio in base al quale, poiché l'obiettivo primario della scienza medica è quello di preservare o ripristinare il benessere psico – fisico del paziente, quando le cure volte a prolungare artificialmente la vita del malato determinino in concreto un mero procrastinarsi dello stato di agonia, è da ritenere che non siano conformi al miglior interesse del paziente stesso.

<sup>71</sup> M. ABATE, *La protezione giuridica degli incapaci maggiorenni in Francia*, in E. V. NAPOLI (a cura di), *Gli incapaci maggiorenni. Dall'interdizione all'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005, 129 – 133.

alcuni articoli del *Code de la Santé Publique*<sup>72</sup>. Con tale provvedimento, il legislatore francese chiarisce che gli atti di prevenzione, di indagine o cura non possono spingersi oltre il limite di una ostinazione ragionevole, dovendo essere sospesi, o non iniziati affatto, ove sostanzialmente inutili o sproporzionati in considerazione del quadro patologico del malato<sup>73</sup>, tracciando un limite invalicabile posto a presidio della dignità del morente. A ciò si aggiunge la possibilità per il paziente di esprimere un rifiuto di cure salvavita, che risulta vincolante per il medico ove gli sia stata fornita un'adeguata informazione e la manifestazione di volontà sia stata reiterata dopo un lasso di tempo ragionevole.

Vale nondimeno rilevare che la particolare attenzione dimostrata verso la dignità del morente emerge anche dalla lettura della L. n. 303/2002, relativa ai diritti dei malati ed alla qualità del sistema sanitario, che inserisce nel catalogo dei diritti fondamentali del malato anche il diritto di beneficiare delle cure palliative onde alleviare le sofferenze legate alla malattia<sup>74</sup>.

La nuova disciplina, inoltre, in riferimento alle ipotesi in cui il paziente non sia in grado di esprimere autonomamente la sua volontà, prevede la partecipazione alle decisioni di fine vita di una *personne de confiance*, previamente designata con atto scritto e revocabile dal malato<sup>75</sup>, ed altresì

---

<sup>72</sup> Consultabile su [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr). L'atto normativo in esame è generalmente conosciuto come "Legge Leonetti", dal nome del Presidente della Commissione speciale che ha redatto la proposta di legge. Cfr., sul punto, E. CALÒ, *Il testamento biologico tra diritto e anomia*, Milano, 2008, 55 ss., che esamina nel dettaglio le modifiche al Codice della sanità francese.

<sup>73</sup> S. CORTESE, *Il ruolo della famiglia legittima e di fatto nelle scelte di fine vita del congiunto*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013, 384. Sul punto, cfr. E. CAPRINO, *Francia: l'approvazione della legge sulla fin de vie*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (accesso del 13 maggio 2017).

<sup>74</sup> Cfr. art. L. 1110 – 10 del *Code de la Santé Publique*.

<sup>75</sup> Si precisa che la persona di fiducia può essere nominata dal malato anche al di fuori dei casi di totale incapacità, laddove intenda ottenere dalla stessa un'adeguata assistenza e supporto nell'assunzione delle scelte legate al profilo sanitario; ed inoltre, in ogni caso

la possibilità per quest'ultimo di redigere delle direttive anticipate di trattamento sempre revocabili, di cui il medico dovrà tener conto soltanto ove redatte non più di tre anni prima rispetto alla sopravvenuta incapacità del disponente<sup>76</sup>. Tuttavia, il sanitario non è vincolato giuridicamente al rispetto dei contenuti di tale direttive ed al parere espresso dal fiduciario; spetta infatti al medico l'ultima parola in ordine alle scelte diagnostiche e terapeutiche, alla luce del quadro clinico e delle valutazioni di carattere scientifico che in quanto soggetto professionalmente qualificato è chiamato a compiere<sup>77</sup>.

La soluzione francese, pur connotandosi per la peculiare e precoce sensibilità dimostrata dal legislatore d'oltralpe in riferimento al tema della tutela degli incapaci nelle scelte di fine vita, oltre che nella complessiva gestione della personale sfera giuridica, non appare del tutto convincente quanto alla soddisfazione delle istanze di tutela innanzi evidenziate, nella misura in cui lascia residuare delle consistenti "zone grigie" circa l'individuazione dei trattamenti sanitari rifiutabili e la perimetrazione del limite dell'*obstination déraisonnable*, attraverso il ricorso agli evanescenti canoni dell'inutilità e della sproporzione, zone entro le quali si insinua una dirompente discrezionalità dell'operatore sanitario.

---

di ricovero all'interno di una struttura ospedaliera, il paziente deve essere espressamente informato circa la possibilità di designare un fiduciario, con una nomina la cui efficacia risulta limitata al solo periodo di ricovero.

<sup>76</sup> Tali regole sono state integrate dal Decreto n. 2006 – 119 del *Conseil d'Etat*, che detta le condizioni di validità, di riservatezza e di conservazione di tali atti, prescrivendo la necessità che le dichiarazioni siano scritte di pugno dal soggetto e da lui sottoscritte, non essendo invece imposto alcun obbligo di forma per la deroga. Ogni tre anni, è possibile rinnovare le disposizioni con una conferma sottoscritta apposta in calce alle stesse. Normalmente, le direttive vengono allegate al *dossier médical* del paziente, a cura del medico cui vengono consegnate, ferma restando la possibilità per il paziente stesso di conservare il documento personalmente o consegnarlo ad una persona di fiducia.

<sup>77</sup> S. BLASI, *Le scelte di fine vita in Europa. La Francia*, in M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *Il testamento biologico, verso una proposta di legge*, Milano, 2007, 219 – 225.

Ed inoltre, circostanza ancor più rilevante, riconosce valore soltanto orientativo alle dichiarazioni anticipate di trattamento, ratificando la prevalenza della tecnica sull'individualità umana e riproponendo i molteplici profili di opinabilità già manifestati relativamente all'attuale consistenza del quadro normativo italiano<sup>78</sup>.

Più simile alla soluzione britannica, e dunque provvista di maggiore incisività, è invece quella adottata dall'ordinamento tedesco, che già in tempi risalenti dimostrava singolare attenzione in riferimento alla necessità di evitare l'alienazione sociale delle persone incapaci, valorizzandone le residue capacità relazionali.

Tali obiettivi, che già permeavano, al fondo, l'istituto giuridico della *Gebrechlichkeitplegschaft*, sono posti al centro dell'intervento normativo che ha sostituito tale strumento di tutela con la *Betreuung*<sup>79</sup>.

Tale intervento istituzionalizza la figura del *betreuer*, soggetto deputato ad occuparsi della salvaguardia dei diritti personali e patrimoniali dell'assistito preservandone, per quanto possibile l'autonomia decisionale. Difatti, la nomina del *betreuer*, praticabile tanto per soggetti affetti da stato di incapacità grave e permanente, quanto, più semplicemente, per anziani ed indigenti, non deprime automaticamente l'assistito della capacità di agire, consentendo allo stesso di continuare a compiere atti giuridicamente rilevanti ove in grado di valutarne portata e convenienza. Viceversa, ove non risulti in grado di compiere tali valutazioni, il provvedimento di nomina elaborato dall'Autorità Giudiziaria prevederà la necessità di un consenso dell'assistente per il compimento di specifici atti, limitando le sue ingerenze alle ipotesi di estrema necessità ed altresì valutando la

---

<sup>78</sup> Cfr., sul punto, par. 2.4. Al riguardo, si esprime criticamente S. BLANCHARD, *Fin de vie: les insuffisances d'une loi*, in *Le Monde*, 5 aprile 2006.

<sup>79</sup> Trattasi della L. n. 48 del 12 settembre 1990.

sussistenza dei presupposti per la prosecuzione dell'assistenza ogni cinque anni<sup>80</sup>.

Proseguendo lungo questo percorso di tutela, e già molto prima rispetto all'entrata in vigore delle norme sul testamento biologico, la Corte suprema federale tedesca, con sentenza del 17 marzo 2003, aveva sancito il carattere vincolante delle dichiarazioni anticipate di trattamento provenienti dal paziente poi divenuto incapace; e ciò specificando che se le volontà per l'ipotesi futura di incapacità di un soggetto erano esplicitate nell'atto di nomina del curatore o del mandatario i medici non avrebbero potuto discostarsi da questa volontà espressa.

La necessità di ipostatizzare entro un ben definito quadro normativo tali risultati interpretativi, progressivamente emersa nel dibattito sociale e politico, ha condotto all'approvazione della legge sul testamento biologico<sup>82</sup>, basata specificamente sul principio di autodeterminazione, che

---

<sup>80</sup> Per approfondimenti sulla disciplina giuridica di tale istituto, E. CARUSO, *L'assistenza nell'ordinamento tedesco*, in E. V. NAPOLI (a cura di), *Gli incapaci maggiorenni. Dall'interdizione all'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005, 173 ss. Si precisa altresì che in caso di proroga devono essere, volta per volta, rideterminate le condizioni dell'assistenza, calibrandole sulle esigenze dell'assistito, e che tale assistenza può essere addirittura rinunciata dagli assistiti nel caso in cui, in previsione di una futura incapacità di agire determinata dall'età, abbiano delegato qualcun altro per assisterli, ferma restando la possibilità per il Giudice di nominare comunque un *betreuer* per l'esercizio di un'attività di vigilanza. Per un inquadramento più ampio della disciplina tedesca in materia di consenso informato, anch'essa espressiva di una peculiare attenzione per le esigenze delle persone deboli, D. VESHI, *La legge tedesca sul consenso informato: interpretazione delle corti tedesche e comparazione con la normativa italiana*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2015, 401 ss. Per una riflessione più recente sulla tutela delle persone deboli nell'ordinamento tedesco, G. RESTA, *Dignità e autodeterminazione nelle scelte di fine vita: il Bundesgerichtshof espande la frontiera dei diritti fondamentali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, 566 ss.

<sup>81</sup> Si rileva che, in Italia, una soluzione normativa di questo tipo, calibrata sulla salvaguardia delle esigenze del beneficiario, si è ottenuta soltanto con l'entrata in vigore della L. n. 6/2004 che, come già innanzi ampiamente osservato, ha codificato l'istituto dell'amministrazione di sostegno, rivelatosi però inidoneo a rispondere con piena efficacia alle istanze di tutela relative alle persone deboli cadute in stato di incoscienza.

<sup>82</sup> Il riferimento è alla Terza legge di modifica della normativa sull'amministrazione di sostegno (*Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrecht vom 29. July 2009*). Per un analitico esame del provvedimento normativo, S. PATTI, *Disposizioni di fine vita: la legge tedesca*, in *Fam., pers. e succ.*, 2009, 964 ss.



consente ad ogni individuo di sottrarsi a diagnosi o terapie che non ritenga opportune.

Più precisamente, a seguito di tale intervento normativo, il paragrafo 1901a del *BGB* prevede che un maggiorenne capace di intendere e volere, in previsione della propria eventuale futura incapacità, può manifestare per iscritto il suo consenso o dissenso in riferimento ai trattamenti medici cui sottoporsi, con disposizioni giuridicamente vincolanti ma modificabili o revocabili in qualsiasi momento, spettando al tutore il compito di rendere nota e far rispettare la volontà del suo assistito attualizzandola alla luce delle circostanze concrete<sup>83</sup>. Ma ciò con l'ulteriore precisazione che, in mancanza di indicazioni ritualmente espresse, la volontà presunta del paziente deve essere sostenuta da elementi probatori rilevanti, tenendo conto delle precedenti dichiarazioni rese oralmente o per iscritto, nonché delle convinzioni etiche e religiose che costituiscono l'*imprinting* umano dell'interessato<sup>84</sup>, ricostruite attraverso una ponderata analisi del pregresso percorso di vita, consentendo anche ai familiari di esprimersi al riguardo, ove ciò non comporti notevoli ritardi.

Tuttavia, dalla lettura dei paragrafi 1901a, 1901b e 1901c del *BGB* si ricava che il consenso del tutore a un trattamento diagnostico, terapeutico o chirurgico richiede l'autorizzazione del Giudice tutelare, se sussiste il fondato pericolo che, a causa del trattamento, l'assistito muoia o che la sua salute subisca un danno grave e durevole; e la stessa regola vale per la negazione del consenso. Ma l'autorizzazione va sempre concessa se il

---

<sup>83</sup> S. CORTESE, *Il ruolo della famiglia legittima*, cit., 384.

<sup>84</sup> G. SPOTO, *Questioni di fine vita tra modelli adottati in Europa, negli Stati Uniti e proposte interne*, in *Eur. e dir. priv.*, 4, 2011, 1175 ss. Merita peraltro segnalare che la disciplina tedesca si caratterizza per la particolare valorizzazione del ruolo e dell'autonomia decisionale del tutore, chiamato a valorizzare l'apporto conoscitivo potenzialmente fornito dai familiari ed a confrontarsi con il medico circa le alternative diagnostiche e terapeutiche da praticare in considerazione della situazione concreta venutasi a creare, eventualmente difforme rispetto a quella considerata dall'assistito al momento delle dichiarazioni.

consenso o la negazione dello stesso corrispondono alla volontà dell'assistito ricostruita secondo le modalità di cui sopra, non occorrendo, al riguardo, una compatibilità tra la ricostruzione operata dal medico e quella operata dal tutore<sup>85</sup>, ferma restando la possibilità di applicare direttamente il provvedimento medico ove sussista un pericolo causato da un possibile ritardo.

Dalla lettura del dato positivo emerge poi, come già innanzi accennato, che la dichiarazione del paziente dovrà essere redatta in forma scritta secondo le modalità fissate dal par. 126 *BGB*, con l'obiettivo di scongiurare l'eventualità di una decisione frettolosa e avventata, garantendo l'adeguata ponderazione della volontà del testatore e contemplando l'eventualità di un *Beratung* (consiglio o consulenza) prima della *Erstellung* (realizzazione) di una *Patientenverfügung* scritta, revocabile o modificabile anche in forma orale. Occorre inoltre puntualizzare che lo stesso assistente potrà assentire, dissentire o revocare il proprio assenso in riferimento al singolo provvedimento medico, prospettandosi una necessità di intervento del *Betreuungsgericht* (Tribunale di assistenza) nell'ipotesi in cui dovesse sorgere un disaccordo tra medico e assistente<sup>86</sup>.

In tal modo, prende corpo un sistema giuridico particolarmente avanzato, il cui parametro di orientamento è chiaramente costituito dalla volontà del paziente, piuttosto che dalla etero determinazione del suo "miglior interesse", spesso frutto dell'atavica rievocazione di un mai sopito principio di beneficiarietà, tratto dall'artificiosa sovrapposizione di visione

---

<sup>85</sup> Deve specificarsi anche che, in base ai parr. 1901a, comma 4, e 1901b, comma 3, *BGB*, tutte le disposizioni risultano applicabili *mutatis mutandis* anche alla figura del *Bevollmächtigter*, quest'ultima prevista dal *BGB* con riguardo all'incapacità di agire.

<sup>86</sup> G. VALENTE, *Testamento biologico ed eutanasia nel diritto tedesco: patientenverfügung und sterbehilfe*, in *Fam e dir.*, 12, 2011, 1167 ss., il quale precisa altresì che nell'ambito del procedimento dinanzi al *Betreuungsgericht* dovrà procedersi alla nomina, in favore dell'interessato, di un curatore della causa, procurare una perizia di esperti e che il Tribunale dovrà ascoltare anche gli altri soggetti vicini al paziente, perché possa essere comprovato nella forma migliore quale fosse la sua volontà.

giuridiche che combinano forzatamente interessi pubblicistici e privatistici. L'ordinamento tedesco risente di un'esperienza storica in cui brucia ancora il ricordo dell'*Eutanasienprogramm* voluto da Hitler, che si risolveva nell'eliminazione fisica dei malati gravi e dei minorati psichici, e ciò induce giurisprudenza e legislatore a proteggere l'individuo da ogni intervento autoritario dello Stato<sup>87</sup>.

Il principale profilo critico della riforma continua a riguardare l'ineliminabile problema della corretta attualizzazione delle dichiarazioni del paziente, potenzialmente maturate entro un contesto circostanziale ben differente rispetto a quello posteriore alla sopravvenuta incapacità, nella ricerca di una volontà che non sia mai presupposta. Ma trattasi di una fibrillazione la cui intensità può essere contenuta entro limiti ragionevoli valorizzando il ruolo dell'assistente e del medico, chiamati a scandagliare, tanto in presenza quanto in assenza di dichiarazioni scritte, l'essenza personalistica del paziente, valorizzando l'intervento dei familiari, tenendo conto di tutte le informazioni conosciute ed indicando le ulteriori fonti cognitive, nonché adoperando i canoni interpretativi delle dichiarazioni di volontà codificati dal par. 133 del *BGB*<sup>8889</sup>. E ciò nella piena

---

<sup>87</sup> G. CASABURI, *Le decisioni di fine vita: una prospettiva europea*, in *Corr. mer.*, 3, 2010, e tale ricordo risulta particolarmente vivo nella classe medica, che fu complice nella ideazione ed attuazione dell'atroce programma.

<sup>88</sup> Detta disposizione si fonda sul principio per cui nell'interpretazione di un siffatto documento si deve indagare la volontà reale e non fermarsi al senso testuale delle espressioni adoperate, tenendo conto di tutte le circostanze conosciute che si trovano al di fuori della dichiarazione stessa. Sul punto, cfr. G. VALENTE, *Testamento biologico ed eutanasia*, cit., 1167 ss.

<sup>89</sup> Tuttavia, non possono trascurarsi le osservazioni critiche formulate da autorevole dottrina. In particolare, A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine – vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Eur. e dir. priv.*, 2, 2013, 457 ss., ha evidenziato che la disciplina dettata dal par. 1901a del *BGB*, prescrivendo al *Betreuer* di prendere in considerazione, ai fini della ricostruzione ed attualizzazione della volontà dell'assistito, le precedenti dichiarazioni orali o scritte effettuate dallo stesso, i convincimenti etici o religiosi e altre personali rappresentazioni valoriali a lui riconducibili, tende alla sostanziale equiparazione delle dichiarazioni espresse e scritte in forma di biotestamento e della c.d. *mutmasslicher Wille* (volontà presunta), esaltando la discrezionalità dell'assistente ed in tal modo derogando al

consapevolezza che la ricostruzione delle volontà, ove relativa al campo dei diritti fondamentali, non può mai prescindere dalla determinazione dell'identità del disponente, intesa nella sua essenza ontologica e valoriale. Meritevole di considerazione è anche la situazione giuridica dei Paesi Bassi, particolarmente avanguardista e radicale nella soluzione della questione esaminata.

Invero, all'esito di un dibattito trentennale, la legge del 10 aprile 2001 ha modificato il codice penale, introducendo una scriminante che comporta la parziale depenalizzazione dell'eutanasia. Questa, infatti, risulta scriminata nell'ipotesi in cui il medico abbia procurato la morte di un paziente su sua specifica richiesta, o ne abbia agevolato la dipartita in presenza di taluni peculiari presupposti previsti dalla legge. Più precisamente, il medico andrà esente da responsabilità penale laddove: sia convinto che la domanda del paziente sia volontaria e oggetto di seria riflessione e che le sofferenze patite sono insopportabili, in assenza di prospettive di miglioramento; abbia informato adeguatamente il paziente sulla sua situazione patologica e sulle prospettive di cura; abbia consultato almeno un altro medico indipendente, totalmente estraneo alla cura del paziente, che, a seguito di accurata visita, si sia espresso positivamente e per iscritto circa il rispetto dei requisiti predetti; abbia praticato l'interruzione della vita, o l'aiuto al suicidio adoperando il necessario rigore medico<sup>90</sup>.

Peraltro, detta disposizione legislativa trova applicazione anche nell'ipotesi in cui il paziente sia in stato di incoscienza ma abbia preventivamente redatto una dichiarazione scritta contenente una richiesta di interruzione

---

fondamentale principio di civiltà giuridica che vieta le presunzioni in materia di rinuncia a diritti fondamentali (nel caso di specie da molti ritenuti indisponibili). I rischi di arbitrio sono segnalati anche da S. WASSEM, *In dubio pro vita? Die Patientenverfügung*, Berlino, 2010, 65; A. SPICKHOFF, *Rechtssicherheit kraft Gesetzes durch sogenannte Patientenverfügungen?*, in *FamRZ*, 2009, 1949.

<sup>90</sup> G. CASABURI, *Le decisioni di fine vita*, cit.; cfr. R. CATALANO, *La rilevanza delle dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit., 100 – 101; cfr. J. DOWNIE, *The contested lesson of euthanasia in the Netherlands*, in *Health Law Journal*, 8, 2000, 111 – 139.

della vita, o di interruzione di terapie salvifiche, precisandone le condizioni di operatività<sup>91</sup>.

In tal modo, il legislatore olandese finisce per riconoscere espressa validità giuridica alle direttive anticipate di trattamento, anche ove contenenti la richiesta eutanasica, affidando l'attività di monitoraggio e controllo del rispetto delle leggi ad apposite Commissioni regionali di vigilanza, cui il medico deve inviare apposita notifica concernente i casi di eutanasia su richiesta e di suicidio assistito in cui risulta coinvolto attraverso la redazione di un formulario dettagliato e di una relazione. La Commissione riferirà al medico entro sei settimane e, se secondo il suo giudizio il medico ha agito contravvenendo alle regole previste dall'art. 2 della nuova legge, gli atti saranno trasmessi all'ufficio della Procura generale ed all'Ispettore regionale per la salute. Se, al contrario, viene ritenuto legittimo l'operato del sanitario, non vi è alcun coinvolgimento dell'Autorità giudiziaria inquirente<sup>92</sup>.

La soluzione che prende vita in tale quadro normativo predispone un avanzatissimo comparto di tutela della persona debole, attraverso un'esaltazione della volontà individuale cui si collega la dissipazione dei profili di rilevanza penale che gravitano intorno all'atto eutanasicco, nelle sue diverse declinazioni. Ma, chiaramente, proprio la dissoluzione della differenza classificatoria e giuridica tra l'eutanasia attiva e l'eutanasia passiva non manca di ingenerare preoccupanti riflessioni circa il potenziale

---

<sup>91</sup> S. CORTESE, *Il ruolo della famiglia legittima*, cit., 385. Per i soggetti di età compresa tra i 12 ed i 18 anni, la richiesta potrà essere eseguita a condizione che i genitori o un tutore siano d'accordo. Cfr., sul punto, C. CASONATO, *Morte dignitosa e sospensione delle cure: ordinamenti giuridici a confronto*, in [www.jus.unitn.it](http://www.jus.unitn.it) (accesso del 13 maggio 2017).

<sup>92</sup> S. BLASI, *Le scelte di fine vita in Europa. La Francia*, in M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *Il testamento biologico, verso una proposta di legge*, Milano, 2007, 225 – 228. L'Autrice precisa che le suddette Commissioni regionali sono composte da un numero variabile di membri, che comprendono uno specialista legale, con funzioni di presidente, un medico e un esperto di materie etiche e filosofiche, compendiando diverse tipologie di sapere tecnico.

abbattimento dell'attenzione pubblica nei confronti di ogni attentato al bene primario della vita, che potrebbe addirittura riverberarsi sullo stesso operato della Commissioni regionali. Il tutto attraverso una esaltazione delle manifestazioni di volontà individuale che, ove non supportata da una adeguata attività di rilettura ed attualizzazione della volontà stessa, rischia di ritorcersi proprio contro la persona in stato di debolezza.

### ***3.3.1. Riflessioni conclusive sul quadro europeo***

Dunque, volendo tracciare un bilancio conclusivo di questa riflessione etica e giuridica, valutando gli esiti della stessa anche alla luce delle efficaci puntualizzazioni operate dal Comitato nazionale per la bioetica, devono fissarsi i seguenti punti fermi relativi alla disciplina delle dichiarazioni anticipate di trattamento, ispirati dalle esperienze virtuose emerse nel quadro sovranazionale, sulla scorta di una considerazione di fondo: la discrasia temporale che tendenzialmente intercorre tra direttive e patologia non ha indotto i legislatori dei vari stati europei a negare la loro rilevanza giuridica, ma ad imporre cautele e requisiti ulteriori rispetto a quelli previsti per la validità del consenso informato al fine di garantire la serietà e persistente attualità delle manifestazioni di volontà anticipate, così da poterne giustificare la vincolatività giuridica<sup>93</sup>.

E dunque, mutuando tali insegnamenti virtuosi, può giungersi alla conclusione che le DAT devono auspicabilmente considerarsi legittime ove rispettino i seguenti criteri generali.

Devono essere redatte nella forma dell'atto pubblico da un soggetto maggiorenne, capace di intendere e di volere, adeguatamente informato e non sottoposto a pressioni familiari, ambientali o sociali, con eventuale

---

<sup>93</sup> R. CATALANO, *La rilevanza delle dichiarazioni anticipate di trattamento*, cit., 101 – 102.

assistenza di persone provviste di adeguata competenza giuridica e medica che possano supportarlo tecnicamente nell'elaborazione di tale volontà. Tale regola costituisce infatti una ineludibile costante nei sistemi giuridici d'oltralpe, in quanto tale da garantire la reale ponderazione di una scelta che coinvolge beni giuridici che si collocano al vertice della gerarchia costituzionale, la cui gestione non può essere affidata a determinazioni improvvise e superficiali, se non addirittura deviate dall'insufficiente o distorta conoscenza del quadro compositivo dei valori in gioco; quadro per la cui effettiva comprensione si rende necessaria, inesorabilmente, l'acquisizione di nozioni di carattere tecnico, relative alle implicazioni tecno-scientifiche delle scelte concernenti la gestione dell'itinerario sanitario.

Ancora, devono essere redatte in maniera specifica, sì da non ingenerare equivoci interpretativi circa il loro contenuto, ed altresì garantire una adeguata personalizzazione della volontà del paziente, non potendo risolversi nella mera sottoscrizione di moduli o formulari inidonei a fotografare la personalissima situazione di vita riferibile al singolo sottoscrittore. Il tutto senza pretermettere la valorizzazione dell'apporto dei familiari della persona incosciente nella ricostruzione della sua identità e volontà, entità coese in un dualismo inscindibile destinato ad emergere lungo la parabola di un percorso di vita che solo le persone più vicine al paziente possono conoscere a fondo, guidando gli operatori sanitari e giuridici nell'assunzione di decisioni tecniche permeate, in sostanza, da una umanità individuale.

Inoltre, è necessario predisporre un sistema di aggiornamento periodico delle dichiarazioni anticipate, con eventuale perdita di vincolatività giuridica delle stesse una volta che sia decorso un certo arco temporale dalla loro manifestazione, in guisa tale da assicurarne la persistente corrispondenza alle scelte di campo operate dal paziente ed al suo modo di

concepire la malattia, tenendo conto dell'eventuale progressione e/o evoluzione della stessa. E ciò anche attraverso la predisposizione di un registro nazionale delle DAT, oggetto di agevole consultazione ad opera di sanitari ed Autorità Giudiziaria, nonché da parte dello stesso paziente, cui deve essere consentita una continua ed efficace interazione finalizzata all'aggiornamento, eventualmente potenziata attraverso un supporto tecnico e professionale.

Ciò posto, pur non potendosi disconoscere l'innegabile valore dell'avanzato sistema giuridico dei Paesi Bassi, allo stato, il quadro ordinamentale italiano non appare pronto ad accogliere disposizioni che legittimino DAT contenenti disposizioni aventi finalità di eutanasia attiva, trattandosi di pratica che contraddice i principi costituzionali, il diritto positivo, le regole di pratica medica, la deontologia, secondo l'interpretazione che di tali regole ha progressivamente elaborato la giurisprudenza costituzionale e di legittimità. Tuttavia, la definizione di tale limite invalicabile, che comunque consente l'ipostatizzazione di forme codificate di eutanasia passiva, non impedisce di cogliere alcuni spunti positivi dal predetto sistema. Desta infatti particolare interesse la potenziale istituzione di apposite Commissioni regionali di vigilanza, entro le quali possano adeguatamente intersecarsi saperi scientifici relativi a diverse branche del diritto, della medicina e dell'etica, chiamate a svolgere un'attività continua di monitoraggio delle procedure di aggiornamento e concreta attuazione delle dichiarazioni anticipate di trattamento, con l'obbligo di coinvolgere l'Autorità Giudiziaria tutte le volte (e solo le volte) in cui si riscontri l'effettivo superamento dei confini operativi tracciati dal legislatore.

Occorre inoltre rilevare che sullo sfondo dei variegati sistemi normativi di tutela delle persone deboli portati alla luce nel quadro europeo, la cui disciplina sembra tendenzialmente oscillare tra i due poli della ricerca della



volontà e della determinazione dell'identità, si staglia con assoluta centralità la figura del fiduciario, cui si attribuisce l'imprescindibile e complesso compito di vivificare ed attualizzare la volontà della persona incosciente.

Ma, la valorizzazione di una siffatta figura ed il necessario incasellamento della stessa in un'area di cd. "rappresentanza legale" appare attualmente impraticabile nell'ordinamento giuridico italiano, che non offre alcun appiglio normativo all'attribuzione nei confronti di un fiduciario di poteri inerenti alla gestione di un diritto personalissimo come la scelta di proseguire o meno un trattamento medico salvifico<sup>94</sup>.

Ed è proprio perseguendo l'adeguato bilanciamento tra valorizzazione del tecnicismo medico e giudiziario ed esaltazione della libertà individuale, libertà che acquista un *corpus* definito attraverso l'agire coordinato del fiduciario e dei familiari del paziente, che può essere rinvenuta una soluzione normativa efficace nel soddisfacimento delle esigenze di tutela esaminate dalla presente riflessione, in un contesto valoriale che vuole l'uomo, nella sua essenza di irriproducibile figura antropologica, affrancato (sebbene parzialmente) dai vincoli dell'incoscienza, quantomeno nelle scelte relative alla gestione di questa stessa essenza.

### ***3.4. Il quadro normativo e politico italiano***

Come già innanzi accennato, in Italia manca una normativa che garantisca l'autonomia privata della persona nella fase finale della sua esistenza. Ed è proprio in un siffatto quadro normativo che si è inserito e sviluppato lo stimolante dibattito dottrinale del quale si è dato conto, dibattito che vive della sostanziale contrapposizione tra pensiero "laico", permissivo e

---

<sup>94</sup> Cfr., sul punto, L. D'AVACK, *Verso un antidestino. Biotecnologie e scelte di vita*, Torino, 2009, 227 ss.

liberale, e pensiero “cattolico”, espressione della sacralità della vita e della sua inviolabilità.

Né, come innanzi accennato, tale vuoto legislativo può essere colmato con il ricorso ai principi costituzionali ed alle disposizioni normative già predisposte dal legislatore italiano.

Appare dunque auspicabile la creazione di strumenti giuridici forti ed idonei a garantire la vincolatività delle dichiarazioni anticipate di trattamento, nonché a realizzare un adeguato contemperamento di due contrapposti interessi: da un lato, la libertà di scienza, intesa quale generalizzata necessità di adoperare le tecnologie più avanzate per garantire il prolungamento o la migliore qualità della vita umana; dall'altro la tutela della persona in tutte le sue variegate sfaccettature, che rappresentano il nucleo fondante del nostro ordinamento costituzionale<sup>95</sup>, vivificando così l'agognato passaggio da bioetica a biodiritto «in cui la dimensione giuridica prevale sulle soluzioni concorrenti predisposte da altri campi del sapere»<sup>96</sup>. Del resto, è che vero che l'avanzamento scientifico spesso alimenta le tendenze proibizionistiche, orientate a stemperare il timore di una manipolazione della natura umana ed alimentate dal drammatico ricordo delle aberrazioni perpetrate agli inizi del Novecento; ma le impostazioni astratte e le forzature ideologiche non facilitano l'analisi della

---

<sup>95</sup> Interessante la riflessione effettuata al riguardo in C. PICIOCCHI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento: dare “forma al vuoto” in attesa di una legge*, in *Riv. Aic*, 2, 2016, 19 – 20. L'Autrice si sofferma sulla differenza intercorrente tra i due processi dell'informazione e della consapevolezza: l'informazione parte dal presupposto dell'asimmetria informativa intercorrente tra medico e paziente ed è volta alla comprensione della patologia e del percorso terapeutico da intraprendere, nonché delle relative implicazioni; la consapevolezza costituisce, invece, un percorso personale, fondato sulle intime concezioni e convinzioni dell'individuo e, dunque, su riflessioni relative alla mortalità che proprio una efficace normativa sulle dichiarazioni anticipate di trattamento può essere in grado di stimolare.

<sup>96</sup> V. DE FILIPPO, *La forma e la pubblicità*, in M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *Il testamento biologico, verso una proposta di legge*, Milano, 2007, 144 ss.

realtà<sup>97</sup>, e non consentono di fornire una adeguata risposta alle istanze che in essa prendono vita.

È raccomandabile però che il legislatore non mortifichi il pluralismo valoriale che inesorabilmente caratterizza l'essere umano, congegnando uno strumento che, piuttosto, sia in grado di mediare ragionevolmente tra etiche contrapposte, valorizzando l'intima essenza di ognuno. E ciò senza cancellare il passato, ma traendo insegnamento e spunti operativi dall'ordine giuridico preesistente, senz'altro espressivo di un consenso sociale che non va dimenticato<sup>98</sup>, nonché dall'evoluzione del quadro giurisprudenziale, frutto di tensioni ed esigenze coagulatesi nel tessuto socio – economico.

#### **3.4.1. Il cd. “d.d.l. Calabrò”**

Il legislatore italiano, seppur ancora latitante, non si è dimostrato completamente inattivo al riguardo nel corso degli ultimi anni. Più precisamente, un'iniziativa legislativa che si è particolarmente avvicinata all'obiettivo descritto è consistita nell'elaborazione del disegno di legge n. 2350 in materia di «alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento» (cd. “d.d.l. Calabrò”). Nell'ottobre 2008 il Senato ha avviato l'esame di tale atto, concluso con l'approvazione,

---

<sup>97</sup> S. RODOTÀ, *Perché laico*, Roma – Bari, 2010, 187 – 188.

<sup>98</sup> L. D'AVACK, *Il disegno di legge sul consenso informato all'atto medico e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, approvato al Senato, riduce l'autodeterminazione del paziente e presenta dubbi di costituzionalità*, in *Dir. fam.*, 3, 2009, 1281 ss. Secondo l'Autore, nel processo di elaborazione di un siffatto disegno di legge deve riconoscersi indiscutibile importanza ad alcuni interventi legislativi: L. n. 180/1978 e L. n. 833/1978, quanto alla centralità del consenso dell'interessato ai trattamenti sanitari; D.L. n. 211/2003, quanto ai principi elaborati in materia di sperimentazione clinica; L. n. 219/2005, relativo ad attività trasfusionale. Ampliando lo spettro di indagine, deve riconoscersi assoluta centralità ai principi consacrati nella Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nel Codice di deontologia medica.

in prima lettura, il 26 marzo 2010. Il provvedimento è stato poi esaminato, in sede referente, dalla XII Commissione affari sociali della Camera ed approvato dalla Camera dei deputati il 12 luglio 2011, per poi essere trasmesso al Senato per la seconda lettura<sup>99</sup>.

L'articolo 1 di tale progetto esordisce sancendo il principio della tutela della vita umana, quale diritto inviolabile ed indisponibile<sup>100</sup>, garantito anche nella fase terminale dell'esistenza e nell'ipotesi in cui la persona non sia più in grado di intendere e di volere, nonché la centralità della dignità di ogni persona rispetto all'interesse della società e alle applicazioni della tecnologia e della scienza; prosegue prescrivendo il divieto di ogni forma di eutanasia, nonché riconoscendo il principio del consenso informato del paziente quale presupposto di ogni intervento sanitario; infine, si chiude con la consacrazione del cd. divieto di accanimento terapeutico negli stati di fine vita e del principio di assistenza sociale ed economica del paziente<sup>101</sup>.

Con l'art. 2 viene concretamente disciplinato il consenso informato quale presupposto di ogni trattamento sanitario, che deve essere preceduto da una corretta informazione medica, trattando altresì delle modalità di manifestazione dello stesso nell'ipotesi in cui siano stati attivati gli istituti

---

<sup>99</sup> Per approfondimenti, D. FARACE, *Le dichiarazioni anticipate di trattamento. Notazioni a margine del disegno di legge n. 2350*, in [www.treccani/diritto.it](http://www.treccani/diritto.it) (accesso del 22 gennaio 2017).

<sup>100</sup> Già solo l'affermazione di tale principio fa sorgere dei dubbi circa la legittimità costituzionale dell'intervento legislativo, come evidenziando da S. AGOSTA, *Se l'accanimento legislativo è peggio di quello terapeutico: sparse notazioni al disegno di legge in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (accesso del 22 febbraio 2017).

<sup>101</sup> Per approfondimenti, AA.VV., *Le direttive anticipate di trattamento nella prospettiva del legislatore ed i riflessi medico – legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 4, 2012, 1479 ss. L'Autore evidenzia che il richiamo, contenuto nella disposizione, agli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., da un lato, assume un valore simbolico e, dall'altro, chiarisce l'ispirazione del provvedimento che costituisce diretta concretizzazione dei valori costituzionali, cui è necessario far riferimento per risolvere eventuali casi controversi.

dell'interdizione, dell'inabilitazione o dell'amministrazione di sostegno, nonché ove si tratti di minore<sup>102</sup>.

L'art. 3 entra nel vivo della tematica oggetto di trattazione, riguardando specificamente i «contenuti e limiti della dichiarazione anticipata di trattamento». In particolare, detta disposizione prevede che il dichiarante, in stato di piena capacità di intendere e di volere e di compiuta informazione medico-clinica, esprime orientamenti e informazioni utili per il medico, circa l'attivazione di trattamenti terapeutici, purché in conformità a quanto prescritto dalla legge, in previsione di un'eventuale futura perdita della propria capacità di intendere e di volere; e ciò con la precisazione che nella dichiarazione può essere esplicitata anche la rinuncia ad ogni o ad alcune forme particolari di trattamenti terapeutici in quanto di carattere sproporzionato o sperimentale; e, ancora, che la dichiarazione anticipata assume rilievo nel momento in cui il soggetto si trovi nell'incapacità permanente di comprendere le informazioni circa il trattamento sanitario e le sue conseguenze per accertata assenza di attività cerebrale integrativa cortico-sottocorticale, sulla base di un accertamento certificato da un collegio medico provvisto di apposita composizione<sup>103</sup>.

Tuttavia, la disposizione prosegue puntualizzando che l'alimentazione e l'idratazione, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, devono essere mantenute fino al termine della vita, tranne nell'ipotesi in cui le medesime non risultino più efficaci nel fornire al paziente in fase terminale i fattori nutrizionali necessari alle funzioni

---

<sup>102</sup> Particolarmente significativo il comma 6 della disposizione, nella parte in cui, risolvendo un pregresso contrasto giurisprudenziale (cfr. par. 2.2.3.1.), prevede che «il consenso informato è prestato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo dall'amministratore», con lo scopo esclusivo della «salvaguardia della salute e della vita del soggetto incapace».

<sup>103</sup> Detto collegio deve essere designato dalla direzione sanitaria della struttura di ricovero o, ove necessario, dall'azienda sanitaria locale di competenza.

fisiologiche essenziali del corpo; ed inoltre dette tipologie di trattamento non possono essere oggetto di dichiarazione anticipata.

E proprio tale ultima previsione ha inesorabilmente contribuito a destare le perplessità di chi ritiene si sia optato per un modello giuridico poco liberale, ispirato ad una morale prevalentemente cattolica, «che si è tradotta in una inevitabile obliterazione della laicità dello Stato<sup>104</sup>, in una dubbia legittimità costituzionale e nella formazione di un complesso di regole giuridiche poco compatibili con il diritto comune già esistente»<sup>105</sup>.

Ulteriori profili di opinabilità si ricollegano al successivo art. 4, che si occupa della forma e della durata della dichiarazione.

Detta disposizione appare pienamente condivisibile nella parte in cui prevede l'obbligatoria redazione delle dichiarazioni in forma scritta e con atto avente data certa a firma del soggetto interessato maggiorenne, in piena capacità di intendere e di volere dopo una compiuta e puntuale informazione medico-clinica<sup>106</sup>. Parimenti condivisibile potrebbe risultare

---

<sup>104</sup> Si ricorda che il principio di laicità dello stato, secondo la giurisprudenza costituzionale, rientra tra i cd. "principi supremi" dell'ordinamento costituzionale; cfr., sul punto, Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151; G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (accesso del 22 febbraio 2017); S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di C. Cost., sent. n. 151/2009)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (accesso del 22 febbraio 2017).

<sup>105</sup> L. D'AVACK, *Il disegno di legge sul consenso informato*, cit., 1479 ss. Ha destato significative perplessità anche l'utilizzo della locuzione «compiuta informazione medico-clinica»; cfr., sul punto, AA VV, *Il disegno di legge circa le disposizioni anticipate di trattamento (alla luce delle modifiche del testo emanato dalla Camere il 12 luglio 2011); un'occasione mancata?*, in *Riv. it. med. leg.*, 3, 2012, 1061 ss., ove si osserva che è molto arduo far acquisire al paziente una informazione esaustiva circa un vasto ventaglio di patologie non identificabili all'attualità, ma solo ipotizzabili per il futuro e, nella maggior parte dei casi, del tutto ipotetiche; e ciò, senza che siano nel dettaglio individuati i soggetti che debbano farsi carico di informare, oltre alle caratteristiche dell'informazione medesima e le modalità della sua erogazione.

<sup>106</sup> Dette disposizioni sono raccolte esclusivamente dal medico di medicina generale che contestualmente le sottoscrive. La dichiarazione è poi inserita nella cartella clinica dal momento in cui assume rilievo dal punto di vista clinico.

la limitazione della validità della dichiarazione ad un arco temporale di cinque anni, con successiva possibilità di rinnovazione, revoca e modifica. Tuttavia, la disposizione smarrisce la sua condivisibilità allorquando, al comma 6, stabilisce che la dichiarazione anticipata non trova applicazione «in condizioni di urgenza o quando il soggetto versa in pericolo di vita immediato». In tal modo, la disposizione delinea una inopportuna compressione del diritto all'autodeterminazione terapeutica, ponendosi in contrasto con l'art. 32, comma 2, Cost., e con i limiti intrinseci della riserva di legge prevista da tale disposizione, radicati all'interno del precedente comma 1, a tenore del quale soltanto il perseguimento di preminenti interessi pubblici può fondare l'attuazione di trattamenti e obbligatorie e giustificare il sacrificio della libertà di scelta individuale<sup>107</sup>.

Di particolare rilievo è anche il successivo art. 6, che offre cittadinanza giuridica alla figura del “fiduciario”, assolutamente centrale nella concreta attuazione delle direttive, quale vero e proprio *alter ego* del beneficiario nella attualizzazione e manifestazione dei suoi desideri. Più precisamente detta disposizione disciplina la facoltà del dichiarante di nominare un fiduciario quale unico soggetto autorizzato a interagire con il medico sui contenuti delle DAT. Per l'attuazione di tale delicato compito, il fiduciario è legittimato a richiedere al medico e a ricevere da questi ogni informazione sullo stato di salute del dichiarante e si impegna a vigilare perché al paziente vengano somministrate le migliori terapie disponibili in considerazione delle volontà da questo espresse<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> G. MIOTTO, *Problematiche, attualità e prospettive*, cit., 529 ss., il quale osserva che, proprio per tale ragione, «una normativa siffatta, se fosse promulgata, provocherebbe alla prima occasione una qualche ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale (...) col risultato pratico poi di produrre una normativa ancor più frammentaria e incoerente di quella che oggi il testo in esame ci propone».

<sup>108</sup> Svolge un'importante funzione di “chiusura” di tale disciplina il comma 8 del predetto art. 6, a tenore del quale «in assenza di nomina del fiduciario, i compiti previsti dai commi 3, 4, 5 e 6 del presente articolo sono adempiuti dai familiari, come indicati dal libro secondo, titolo II, capi I e II, del codice civile».

Occupandosi specificamente del ruolo del medico, il successivo art. 7 porta alla luce l'intrinseca debolezza del complessivo sistema di tutela, disponendo che gli orientamenti espressi dalla persona debole nelle DAT «sono presi in considerazione dal medico curante che, sentito il fiduciario, annota nella cartella clinica le motivazioni per le quali ritiene di seguirli o meno». E ciò con la ulteriore precisazione che il medico non può prendere in considerazione orientamenti volti a cagionare la morte del paziente o che si pongano in contrasto con le norme giuridiche o la deontologia medica<sup>109</sup>. Infine, l'art. 8 istituisce il registro delle dichiarazioni anticipate di trattamento qualificando il Ministero della salute come titolare del trattamento dei dati contenuti nell'archivio.

In definitiva, il progetto normativo in esame, seppur idoneo a palesare l'interesse politico e sociale di un "legislatore dormiente" nei confronti della delicata tematica oggetto di trattazione, fornisce risposte del tutto insoddisfacenti alle drammatiche istanze di tutela delle persone deboli più volte comparse nel panorama giurisprudenziale, cedendo alle lusinghe di una prospettiva normativa "tranquillante", tutt'altro che laica e liberale, nonché distonica rispetto ai fondamentali indirizzi valoriali che è possibile e necessario cogliere nella cornice costituzionale.

Il d.d.l. Calabrò, codificando in apertura il principio di indisponibilità della vita, vietando l'interruzione dell'alimentazione artificiale fino al termine della vita ogni qual volta questa fornisca i fattori nutrizionali necessari al mantenimento delle funzioni fisiologiche e relegando tali tipologie di trattamento al di fuori dello spettro operativo delle dichiarazioni anticipate, svuota di contenuto l'autodeterminazione individuale e prefigura una situazione in cui il paziente non è più responsabile di sé ma diviene oggetto delle decisioni assunte dal potere medico, all'interno di un'alleanza

---

<sup>109</sup> Inoltre, «gli orientamenti sono valutati dal medico, sentito il fiduciario, in scienza e coscienza, in applicazione del principio dell'inviolabilità della vita umana e della tutela della salute e della vita, secondo i principi di precauzione, proporzionalità e prudenza».



terapeutica che diviene del tutto fittizia<sup>110</sup>. In tal modo, il progetto normativo si pone in contrasto, non solo con gli artt. 2, 13 e 32 Cost., nella misura in cui consacrano la centralità dell'autodeterminazione individuale, ma anche con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., poiché le scelte che lo caratterizzano appaiono frutto di una forzatura ideologica non provvista di adeguate basi medico-scientifiche. Irragionevole appare infatti la scelta di restringere la facoltà dei malati di rifiutare trattamenti medici<sup>111</sup>; così come è irragionevole la non vincolatività del testamento biologico per il medico, poiché in tal modo si contraddice il valore vincolante conferito al consenso informato dalla giurisprudenza di legittimità e da numerosi provvedimenti legislativi<sup>112</sup>, attribuendo nuovamente il potere di decisione ad un soggetto diverso dall'interessato e rendendo la salute il prodotto delle ragioni collettive, piuttosto che di quelle individuali<sup>113</sup>.

Nel contempo, il disegno di legge conferisce alle DAT un'importanza del tutto marginale, disponendo l'inapplicabilità delle stesse ove l'autore si trovi in pericolo di vita immediato, e prevedendo la non vincolatività nei confronti del medico, il quale ha la libertà di prenderle in considerazione,

---

<sup>110</sup> Sul cd. "tradimento" del principio di autodeterminazione insito in tale progetto di legge, A. CORDIANO, *Il disegno di legge sul testamento biologico: l'autodeterminazione mancata e alcune antinomie sistematiche*, in *Nuova giur. civ.*, 9, 2009, 20411 ss., il quale evidenzia efficacemente anche un ulteriore profilo critico: la riferibilità della normativa ai soli pazienti in stato vegetativo permanente e di incapacità naturale, dovendosi pertanto escludere quelle fattispecie relative a pazienti capaci di discernere, che siano tuttavia nell'impossibilità fisica di attuare il proprio proposito; cfr., sul punto, G. U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2008, 88 ss.

<sup>111</sup> Soprattutto se si tiene in considerazione la *ratio* della L. n. 38/2010, recante *Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*, il cui art. 1 sancisce il diritto dei cittadini ad accedere alle cure palliative, nel rispetto dei principi fondamentali della dignità e dell'autonomia del malato e nella promozione del concetto di qualità della vita.

<sup>112</sup> Cfr. par. 1.3. e 1.4.

<sup>113</sup> A. RIDOLFI, *Rifiuto delle terapie mediche e testamento biologico in Italia: aspetti problematici e spunti critici*, in *Pol. dir.*, 4, 2011, 648 – 650, rilevando altresì che contro il testo legislativo oggetto di esame possono essere sollevate tutte le perplessità che erano state precedentemente sollevate contro la L. n. 40/2004.

secondo un suo personale convincimento e secondo la sua discrezionalità. A ciò si aggiunga che il medico non può prendere in considerazione indicazioni orientate a cagionare la morte del paziente per delineare un quadro nel quale, attraverso le DAT, rimane legittimo il solo rifiuto dell'accanimento terapeutico o dei trattamenti a carattere sperimentale altamente invasivi ed invalidanti, replicando limiti che già erano presenti all'interno del D.L. n. 211/2003 (che regola l'esecuzione delle sperimentazioni cliniche) e del Codice di deontologia medica, e non necessitavano di ulteriore previsione normativa<sup>114</sup>. Risulta dunque palese, non solo la violazione del principio di autodeterminazione e di quello di ragionevolezza, ma anche del principio di uguaglianza; invero, il progetto in esame, nel limitare l'efficacia delle dichiarazioni anticipate quando il paziente diventa incapace, impedisce alla volontà individuale di travalicare le barriere dell'incoscienza, inibendo qualsivoglia forma di trasmissione della volontà stessa che vada al di là della mera comunicazione verbale, sì da palesare una evidente violazione del principio di cui all'art. 3 Cost<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> Cfr., sul punto, L. D'AVACK, *Il disegno di legge sul consenso informato*, cit., 1479 ss. L'Autore osserva che la normativa risulta carente anche sotto il profilo della tecnica legislativa, mancando le definizioni che si rendono necessarie nell'ambito di una materia così complessa, posto che, dinanzi alla contraddittorietà e polisemicità delle parole si dischiudono ampi spazi interpretativi destinati ad essere colmati attraverso una la suppleanza giurisprudenziale. Ad esempio, l'art. 1, lett. c), consente al magistrato la più ampia possibilità di incriminare sulla base di concetti vaghi, come il divieto di «ogni forma di eutanasia e ogni forma di assistenza o di aiuto al suicidio», e di scegliere, a sua totale discrezione, fra tre articoli diversi del codice penale, che portano a pene diverse fra di loro. In senso analogo, AA VV, *Il disegno di legge circa le disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 1061 ss., ove si rileva che, ancora una volta, «il Legislatore sembra aver abdicato al proprio ruolo, limitandosi a congelare situazioni esistenti ed a ribadire limitate enunciazioni di principio; indirettamente inducendo i medici, (...), a privilegiare la strada del “prolungamento contro natura” della vita (...)», sì da agevolare questa particolare declinazione del fenomeno della medicina difensiva.

<sup>115</sup> Il principio di uguaglianza vuole che del diritto fondamentale all'autodeterminazione la persona non possa essere privata per il solo fatto della sua incapacità, altrimenti profilandosi una inaccettabile disparità di trattamento tra capaci ed incapaci quanto all'esercizio della fondamentale libertà di autodeterminazione individuale; sul punto, G. FERRANDO, *Amministratore di sostegno*, cit., 282 ss.; cfr. G. SAVORANI,

Tale cornice normativa giunge finanche a contraddire gli importanti approdi interpretativi cui è pervenuta la giurisprudenza nella trattazione del caso Englaro<sup>116</sup>, precludendo ad un soggetto che abbia manifestato le sue volontà in condizione di piena sanità mentale la possibilità, a seguito di una perdita della coscienza, di sottrarsi a trattamenti diretti a prolungare una vita ritenuta da lui incompatibile con la propria personale concezione di dignità umana. In tal modo, le DAT rimangono inesorabilmente deprivate della capacità di conseguire realmente il loro intrinseco obiettivo, individuato dal bioeticista americano George Annas nel fornire un'occasione di confronto con un dato ineludibile e comune a tutti gli esseri umani: la nostra mortalità<sup>117</sup>.

È dunque ragionevole ritenere che il progetto di legge in esame, la cui nascita si colloca in un contesto cronologico caratterizzato da notevole clamore mediatico in riferimento alla travagliata gestione del fine vita, abbia tentato una risoluzione emergenziale, e dunque scarsamente ponderata, di tematiche la cui trattazione e regolamentazione, involgendo i valori più intimi dell'individuo, richiede invece riflessioni accurate e, soprattutto, costantemente governate dalle indicazioni provenienti dal

---

*Amministrazione di sostegno, designazione anticipata e testamento biologico*, in *Pol. dir.*, 4, 2011, 697 – 688.

<sup>116</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748; Cons. St., Sez. VI, 2 settembre 2014, n. 4460; Tar Lombardia, Milano, Sez. III, 6 aprile 2016, n. 650.

<sup>117</sup> G. ANNAS, *Standard of Care: The Law of American Bioethics*, New York, 1993, 110 ss., prendendo spunto dalla redazione di testamento biologico da parte dei militari americani in procinto di partire per l'Iraq. In tal modo, si promuove la riflessione su di un argomento oggi spesso esorcizzato; sul punto, AA. VV. *La consapevolezza nella diagnosi e nella prognosi nella persona con malattia a prognosi infausta: la percezione negli atteggiamenti di un gruppo di medici e infermieri*, in *Professioni infermieristiche*, 65(3), 2012, 144 ss., ove si osserva che «la morte ed il morire sono diventati un tabù: la morte è divenuta l'innominabile. Ormai tutto avviene come se né io, né tu, né quelli che mi sono cari, fossimo più mortali (...). La morte, o meglio la sua rappresentazione, perdendo di senso non trova più uno spazio mentale che la possa contenere, un sentimento che la possa sentire e “soffrire”, un linguaggio, un dialetto, un sistema di segni che le possa “dire”: “oggi si muore così; non perché non si sappia, ma perché non si sa parlare (...). Malattia e morte, in modo particolare quando si tratta di una malattia oncologica, sono tagliati fuori dalla cultura della comunicazione».

quadro costituzionale<sup>118</sup>. Non può essere invece sottaciuta la sostanziale miopia di questo disegno, il suo guardare alle contingenze del breve periodo, laddove il diritto dovrebbe piuttosto guardare al lungo periodo, fondandosi su riflessioni di più ampio respiro e basate su interessi legati ad esigenze di carattere generale<sup>119</sup>.

Ad ogni modo, l'iter legislativo del d.d.l. Calabrò si è arenato con la fine della XVI legislatura, lasciando sostanzialmente impregiudicati quegli "spazi liberi dal diritto" entro i quali, secondo la giurisprudenza civile ed amministrativa, ben possono insinuarsi forme striscianti di annichilimento della persona nella sua dimensione più intima.

Pare però auspicabile quantomeno un recupero delle indicazioni positive contenute nel progetto di legge, utili per l'orientamento futuro dell'attività legislativa, con particolare riferimento a quelle relative: alla natura di atto formale delle DAT, idonea a garantire una adeguata ponderazione e cristallizzazione delle volontà anticipate; alla previsione di una efficacia temporanea, idonea quantomeno a stemperare i dubbi circa la mancanza di attualità delle stesse; all'istituzione di un «Registro nazionale unico informatico»<sup>120</sup>.

### 3.4.2. Il d.d.l. n. 3599 del 2016

---

<sup>118</sup> Icastica, al riguardo, l'analisi effettuata da D. CARUSI, *Per una deliberazione auto – esaminata. Idee per una legge sul “testamento biologico”*, in *Ragion pratica*, 6, 2012, 308, il quale osserva che «tutto il successivo articolato è un ineffabile e variamente consapevole esercizio di stile votato a mettere i promotori in condizione di spendere sul mercato degli applausometri televisivi, oltre alla moneta della sacralità della vita, anche quella dell'avversione all'accanimento terapeutico: in piena fedeltà al costume di farsi paladini d'ogni causa, di occultare verbalmente la rivalità tra principi – cioè la sostanza dei problemi –, di confondere i valori in un'indistinta melassa propedeutica all'accusa di amoralità o disfattismo nei confronti di qualunque voce critica».

<sup>119</sup> S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 12 – 13.

<sup>120</sup> Sul punto, G. MIOTTO, *Problematiche, attualità e prospettive*, cit., 529 ss.

Anche la XVII legislatura è stata caratterizzata dalla presentazione di nuovi progetti di legge in materia di testamento biologico, progetti dimostratisi, però, non in grado di superare lo stadio embrionale.

Una prima iniziativa si è condensata nel disegno di legge n. 1432, presentato alla Camera dei deputati il 26 luglio 2013<sup>121</sup>, composto di un unico articolo a tenore del quale il soggetto capace di intendere e di volere può redigere una dichiarazione che abilita il suo fiduciario all'eventuale interruzione di qualsivoglia trattamento sanitario, anche salvavita, in tal modo esaltando il valore dell'autodeterminazione individuale.

La proposta di legge n. 443, presentata al Senato il 10 aprile 2013<sup>122</sup>, invece, contiene una regolamentazione più approfondita delle variegate vicende legate al fine vita, introducendo in materia l'istituto del mandato, potenzialmente conferibile dalla persona debole al suo fiduciario con atto pubblico contenente le dichiarazioni anticipate di trattamento. E ciò altresì stabilendo una gerarchia tra gli strumenti che possono essere utilizzati per ricostruire la volontà del soggetto incapace che sia destinatario di un trattamento sanitario e rendendo vincolanti le dichiarazioni stesse, salvo che non risultassero più attuali a fronte dell'evoluzione della scienza medica. Il tutto, però, escludendo che l'alimentazione e l'idratazione artificiali possano essere considerate manifestazioni di accanimento terapeutico<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> Dagli On. Murer, Amato, D'Incecco, Fragomeli, Garavini, Mantelli, Scuvera, Tullo e Velo e assegnato il 21 novembre 2013 alla Commissione Affari sociali in sede referente.

<sup>122</sup> Dall'On. Rizzotti e assegnata il 18 ottobre 2013 alla Commissione Igiene e Sanità in sede referente.

<sup>123</sup> Per approfondimenti sul punto, A. PROVERA, *τοιοῦδ' ἀπέβη τόδε πρᾶγμα*. Un confronto tra Vimercati B., *Consenso informato e incapacità*, Giuffrè, Milano, 2014 e Razzano G., *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014, in *Riv. it. med. leg.*, 4, 2015, 1710 – 1714. Per una riflessione critica su ambedue i disegni di legge, B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità*, Milano, 2014, 310 ss.

In tempi più recenti, ulteriori ed interessanti progetti in materia di testamento biologico sono approdati nelle aule parlamentari. Particolarmente significativo è il disegno di legge n. 3599, presentato alla Camera l'11 febbraio 2016<sup>124</sup>, contenente «Modifiche al codice civile in materia di consenso informato, di dichiarazione anticipata di volontà sui trattamenti sanitari e di testamento biologico, nonché istituzione della banca di dati telematica nazionale dei testamenti biologici».

Il contenuto della proposta si caratterizza per l'inserimento, all'interno del codice civile, ed immediatamente dopo l'art. 5<sup>125</sup>, degli artt. 5bis – 5octies, tali da codificare una evoluzione autodeterministica degli «atti di disposizione del proprio corpo».

Invero, il progettato art. 5bis c.c. riconosce ad ogni persona che sia in possesso della capacità di agire, purché non versi in stato di incoscienza o di incapacità, anche temporanea, di intendere e di volere il diritto al pieno rispetto della propria volontà e delle proprie decisioni in riferimento ai trattamenti sanitari cui debba essere eventualmente sottoposta, sia quanto al profilo diagnostico che quanto a quello terapeutico, nonché sulla possibilità di fruire di trattamenti di sostegno delle funzioni vitali, anche se tali da determinare o favorire uno stato di incoscienza permanente, e di cure palliative<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> Dagli On. Brignone, Civati, Maestri, Pastorino e Matarrelli.

<sup>125</sup> Per un'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale circa la portata dell'art. 5 c.c., cfr. par. 1.4.

<sup>126</sup> Più precisamente, l'art. 5 bis riconosce al paziente il diritto di manifestare la propria volontà:

«1) sulla diagnosi e sulla prognosi della malattia, nonché sulla facoltà di designare, nel caso in cui desideri non essere informata, le persone che devono ricevere le informazioni in sua vece;

2) sull'inizio o sulla continuazione di trattamenti sanitari e di sostegno delle funzioni vitali, nonché sulla durata degli stessi;

3) sulla facoltà di accettare le cure e i trattamenti propositi, eventualmente scegliendo tra diverse possibilità di cura e di trattamento;

Il successivo art. 5ter si avvicina al cuore del problema, prevedendo che, nel caso di trattamenti sanitari effettuati nei riguardi di minori di età inferiore a sedici anni o incapaci di agire, le volontà di cui sopra debbano essere manifestate rispettivamente dai soggetti cui spetta la potestà genitoriale o dal tutore, con necessità di un provvedimento di conferma da parte del giudice tutelare ove si tratti di decisioni tali pregiudicare la salute del paziente o il sostegno delle sue funzioni vitali<sup>127</sup>.

Estremamente innovativo è il successivo quarto comma di tale disposizione, in base al quale per i soggetti beneficiari di un'amministrazione di sostegno «la manifestazione di volontà di cui al primo comma compete al soggetto nominato amministratore di sostegno, con le modalità precisate nel decreto di nomina», ma ciò soltanto ove tale decreto abbia espressamente conferito il potere di rappresentare il beneficiario in riferimento agli atti che riguardano la cura della persona. Si ricorda, infatti, che la più recente giurisprudenza di legittimità non solo ha compreso le potenzialità operative dell'art. 408 c.c. quale strumento di

---

4) sulla facoltà di rifiutare le cure e i trattamenti nonché di decidere consapevolmente di interromperli, se già in corso, in ogni fase della vita, compresa la fase terminale, anche se tale condotta la esponga a pericolo di morte;

5) sulla possibilità di fruire dei trattamenti di sostegno delle funzioni vitali, di cui al numero 2), anche se gli stessi possono determinare o favorire uno stato di incoscienza permanente;

6) sulla possibilità di fruire della somministrazione di sostanze idonee ad alleviare la sofferenza, anche nei casi in cui le stesse possono portare a un'abbreviazione della durata della vita».

<sup>127</sup> Il giudice decide avendo riguardo prioritariamente all'interesse del minore o dell'incapace, previa audizione dell'interessato, quando l'età e le circostanze lascino comunque presumere la sua capacità di comprendere i contenuti della decisione, nonché dei soggetti esercenti la potestà o la tutela, con facoltà di sentire anche i soggetti facenti parte della rete di prossimità del minore o dell'incapace. Tale ultima disposizione risulta particolarmente apprezzabile in quanto idonea a garantire, in assenza di dichiarazioni di volontà precostituite, l'effettiva ricostruzione della concezione che il malato ha della vita e della sua essenza, anche valorizzando le opinioni dei soggetti minorenni che abbiano raggiunto un grado di maturazione psico – fisica tale da consentire un'approfondita riflessione su tali tematiche, così evitando l'imposizione di “verità precostituite”, eventualmente e pericolosamente ispirate ad un principio di beneficiarietà di matrice ippocratica.

designazione anticipata dell'amministratore di sostegno<sup>128</sup>, ma ha altresì specificato che «il compito dell'amministratore di sostegno resta fondamentalmente quello di assistere la persona nella gestione dei propri interessi patrimoniali e non anche la “cura della persona” (...)»<sup>129130</sup>. Al contrario, il disegno di legge oggetto di esame, rivitalizza la funzione beneficiale ed assistenziale dell'istituto, ossia quella «finalità di tutelare», nel senso più ampio del termine, le persone prive in tutto o in parte di autonomia, codificata dall'art. 1 della L. n. 6/2004, che ha introdotto l'istituto stesso all'interno del quadro ordinamentale civilistico; e ciò superando una lettura rigidamente letterale del dato codicistico<sup>131</sup> e valorizzando il ruolo della persona selezionata dall'Autorità Giudiziaria, che più di ogni altro può conoscere ed interpretare i desideri del malato, affiancandolo quotidianamente nella gestione del suo percorso di vita e conseguentemente metabolizzando la sua concezione dell'essere un “*homo dignus*”.

Non meno innovativo è il successivo art. 5quater, che riconosce ad ogni persona maggiorenne e capace di agire la possibilità di redigere un testamento biologico «allo scopo di manifestare la propria volontà in relazione alle scelte di carattere sanitario e terapeutico nonché all'eventuale donazione di organi»; testamento successivamente sottoposto a ratifica da parte del giudice tutelare<sup>132</sup> ed a deposito nella banca dati telematica nazionale dei testamenti biologici istituita presso il Ministero della salute.

---

<sup>128</sup> Cass. civ., Sez. I, 20 settembre 2012, n. 23707.

<sup>129</sup> Cass. pen., Sez. V, 26 febbraio 2016, n. 7974.

<sup>130</sup> Per approfondimenti sul punto, cfr. par. 2.2.3.1.

<sup>131</sup> Il riferimento è al mancato richiamo, ad opera dell'art. 411 c.c., dell'art. 357 c.c., che indica le funzioni del tutore. Tale argomento è stato infatti adoperato Cass. pen., Sez. V, 26 febbraio 2016, n. 7974 per negare la configurabilità, in capo all'amministratore di sostegno, di una posizione di garanzia rispetto ai beni della vita e dell'incolumità individuale del soggetto incapace.

<sup>132</sup> Chiamato correttamente a verificare, in posizione di neutralità, la concreta corrispondenza intercorrente tra volontà codificata e volontà reale del testatore, in tal



L'art. 5quinquies completa tale disciplina occupandosi specificamente del contenuto del testamento biologico e specificando che esso può contenere la manifestazione di volontà del testatore su tutti gli elementi indicati dal primo comma del predetto art. 5 bis, ossia su tutte le scelte relative ai trattamenti diagnostici o terapeutici cui sottoporsi, anche ove tali da garantire il sostegno vitale<sup>133</sup>, oltre che informazioni e dati sullo stato di salute e sulle malattie del testatore e altre indicazioni che lo stesso ritenga utile siano portate a conoscenza del personale medico e sanitario che intervenga nel caso in cui egli versi in stato di incapacità di intendere e di volere.

Detta disposizione, dunque, conferisce un ampio spettro al contenuto del testamento biologico, evitando di riprodurre le poco auspicabili limitazioni relative ai trattamenti salvavita contenute nel disegno di legge Calabrò<sup>134</sup> ed in tal modo consentendo l'effettiva costruzione di un progetto di "vita buona" ed attualizzando un quadro valoriale che consacra la libertà di

---

modo contribuendo a garantire, unitamente alla forma scritta, l'adeguata ponderazione delle scelte di fine vita.

<sup>133</sup> Inoltre, può contenere anche disposizioni del testatore relative:

«1) alla volontà di ricevere assistenza religiosa e, in caso affermativo, l'indicazione della confessione religiosa del ministro che dovrà essere invitato a prestarla;

2) alla cremazione del proprio corpo dopo la morte;

3) al consenso all'espianto e alla donazione di organi;

4) alla volontà di consentire l'impiego del proprio corpo, dopo la morte, per fini di ricerca scientifica;

5) alla volontà che l'accertamento della morte sia effettuato mediante l'applicazione cumulativa dei criteri dell'arresto cardiaco e della cessazione delle funzioni encefaliche, di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 2 della legge 29 dicembre 1993, n. 578;

6) al consenso all'inserimento delle informazioni di cui al numero 3) in una sezione della banca di dati telematica nazionale dei testamenti biologici, di cui all'articolo 5-quater, consultabile da parte dei centri trapiantologici nazionali, secondo modalità definite con regolamento adottato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro due mesi dalla data di entrata in vigore del presente articolo;

7) alla scelta della persona, denominata fiduciario, alla quale è attribuito il potere di assumere decisioni relativamente agli elementi di cui al primo comma dell'articolo 5-bis in caso di sopravvenuta incapacità del testatore».

<sup>134</sup> Cfr. par. 3.3.1.

autodeterminazione quale insopprimibile lascito del costituzionalismo del dopoguerra.

A completamento di tale sistema di tutela dell'autodeterminazione si pone il successivo art. 5septies, che disciplina la responsabilità del medico e del personale sanitario, prevedendo che il mancato rispetto della volontà manifestata dal paziente in stato di coscienza o cristallizzata nel testamento biologico obbliga i responsabili al risarcimento dei danni materiali e morali cagionati<sup>135</sup>.

Infine, il progetto di legge si chiude con l'introduzione dell'art. 5octies c.c., che prevede correttamente la modificabilità in ogni momento del testamento biologico con le modalità di cui al precedente art. 5quater, contestualmente precisando che la volontà direttamente manifestata da una persona capace di agire prevale in ogni caso sulle disposizioni in esso contenute.

Una siffatta iniziativa legislativa deve senz'altro considerarsi molto apprezzabile nell'ottica della tutela della persona in ogni stadio della vita ed in ogni stato di coscienza. E ciò nella misura in cui, da un lato enfatizza il ruolo dell'amministratore di sostegno onde salvaguardare adeguatamente, nei tragici frangenti di sofferenza, coloro i quali non abbiano redatto dichiarazioni anticipate di trattamento, adoperando un istituto predisposto dal legislatore proprio per garantire una complessiva "cura della persona"; dall'altro, dilatando i potenziali contenuti del testamento biologico, assicura una reale pianificazione anticipata delle cure, tale da assicurare una tutela complessiva della persona che travalica le barriere dell'incoscienza e valorizza l'essenza morale di ognuno, in linea con i

---

<sup>135</sup> In realtà, la disposizione ribadisce un principio già ricavabile dalla rigorosa applicazione del sistema normativo in materia di responsabilità civile ed adopera concetti, quelli di «danni morali e materiali», non perfettamente sovrapponibili alle categorie dogmatiche consolidate nella costante giurisprudenza di legittimità, il cui utilizzo avrebbe certamente incrementato la certezza applicativa del dato legislativo.

valori multipolari che sono propri di una società “secolarizzata”, in cui la libertà di scelta prevale su verità precostituite.

Risultano così superati i dubbi di legittimità costituzionale che erano sorti in riferimento alle disposizioni del d.d.l. Calabrò<sup>136</sup>, apparendo il nuovo progetto di legge idoneo non solo a garantire la concreta vivificazione dei valori di libertà consacrati dagli artt. 2 e 32, comma 2, Cost., che rappresentano il fondamento valoriale del cd. “rifiuto di cure”, ma anche provvisto di una intrinseca ragionevolezza complessiva, con conseguente compatibilità anche con l’art. 3 Cost., evitando forzature ideologiche prive di fondamento scientifico. Peraltro, solo una disciplina siffatta, idonea ad elidere le differenze naturalisticamente intercorrenti tra essere umano cosciente ed essere umano incosciente nella gestione del personale itinerario sanitario, garantisce la piena attuazione del principio di uguaglianza di cui all’art. 3 Cost., potenzialmente vulnerato dinanzi ad un inscindibile legame tra autodeterminazione e comunicazione verbale.

Ciò nondimeno, anche tale disegno di legge non manca di destare talune perplessità, quantomeno sotto il profilo della completezza della disciplina stessa.

Emerge, infatti, netta la mancanza di una disposizione che si preoccupi di garantire un rinnovamento ciclico, ad opera del testatore, delle dichiarazioni anticipate di trattamento, tale da sollecitare una periodica ponderazione, ad opera dello stesso, delle delicate scelte condensate nel testamento biologico, costantemente legate a valori esistenziali che presentano un inevitabile margine di mutevolezza.

Un tale vuoto legislativo rievoca le dubbiosità di coloro i quali hanno evidenziato che tali documenti ben possono soffrire di una patologica astrattezza, dovuta alla distanza, psicologica e temporale, tra la condizione in cui le dichiarazioni vengono redatte e condizioni reali di malattia in cui

---

<sup>136</sup> Cfr. par. 3.3.1.

esse dovrebbero essere applicate, che rischia di rendere le stesse non calibrate sulla concreta situazione esistenziale in cui il paziente *medio tempore* caduto in stato di incoscienza, effettivamente si trova<sup>137</sup>. Dubbiosità ulteriormente amplificate dalla circostanza che il progetto di legge non contempla la nomina di un fiduciario deputato all'esecuzione del testamento biologico e, dunque, all'attualizzazione delle dichiarazioni anticipate di trattamento, che potrebbe fungere da interlocutore per il medico in guisa tale da assicurare il concreto rispetto degli interessi personali del paziente; insomma, un soggetto chiamato a reinterpretare costantemente i desideri espressi dalla persona debole ed a vigilare sulla corretta esecuzione delle direttive.

Né, tantomeno, tale lacuna è colmata attraverso una puntuale presa di posizione circa la designabilità anticipata dell'amministratore di sostegno, istituto certamente adoperabile, nell'auspicata valorizzazione della sua funzione assistenziale, per dissipare le perplessità che si addensano circa l'attualità e concretezza del contenuto testamentario. Difatti, il summenzionato art. 5ter, comma 4, contempla espressamente la possibilità che l'amministratore effettui per conto del beneficiario le manifestazioni di volontà relative alla gestione dell'itinerario diagnostico e terapeutico, ma ciò limitando l'ambito operativo della disposizione ai casi in cui «sia stata disposta l'amministrazione di sostegno», nulla prevedendo circa la possibilità di una designazione anticipata, fattispecie in riferimento alla quale la giurisprudenza di legittimità si è espressa negativamente<sup>138</sup>.

A ciò deve infine aggiungersi, ma trattasi di problematica forse risolvibile attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, che suscita taluni profili di opinabilità il contenuto letterale dell'art. 5bis, comma 1, n. 6), che consente al paziente di manifestare la propria volontà

---

<sup>137</sup> Cfr. par. 3.2.

<sup>138</sup> Cass. Civ., Sez. I, 20 dicembre 2012, n. 23707.

circa la «possibilità di fruire della somministrazione di sostanze idonee ad alleviare la sofferenza, anche nei casi in cui le stesse possono portare a un'abbreviazione della durata della vita».

Occorre infatti ricordare che, alla luce della giurisprudenza costituzionale e di legittimità stratificatasi nel corso degli anni circa la portata dell'art. 32 Cost. e dell'art. 5 c.c.<sup>139</sup>, le disposizioni contenute nel biotestamento possono considerarsi valide solo ove non travalichino il limite del cd. “rifiuto di cure”, dovendosi invece negare la praticabilità delle diverse forme di “eutanasia attiva” o di atti di disposizione del proprio corpo vietati in base al contenuto del predetto disposto codicistico. Sicché, allo stato, una presa di posizione legislativa che contraddica tali consolidati approdi giurisprudenziali, ove non temperabile attraverso lo strumento dell’“interpretazione costituzionalmente conforme”, presta il fianco a preoccupanti censure di costituzionalità, idonee a destabilizzare la tenuta complessiva del nuovo sistema normativo<sup>140</sup>.

Ad ogni modo, non può non cogliersi ed apprezzarsi la spinta innovativa sottesa ad un tale progetto di legge, cui dovrà auspicabilmente accompagnarsi uno sforzo modificativo, attuabile attraverso lo strumento degli emendamenti, ed un impegno interpretativo tali da assicurare il superamento delle prospettate (e/o prospettabili) censure di costituzionalità.

### ***3.4.3. Il progetto di legge A.C. 1142-A e abbinati***

Ancor più avanzato è l'iter parlamentare del d.d.l. n. 3970: tale disegno, presentato alla Camera in data 8 luglio 2016<sup>141</sup>, è rifluito nel testo unificato A.C. 1142-A e abbinati ed è stato approvato dalla commissione Affari

---

<sup>139</sup> Cfr. par. 3.2.

<sup>140</sup> Ferma restando l'ovvia praticabilità, ad opera della Consulta, di interpretazioni evolutive del quadro costituzionale idonee a ratificare l'eventuale ingresso di nuove forme di eutanasia nel quadro ordinamentale.

<sup>141</sup> Su iniziativa dell'On. Silvia Giordano.

Sociali alla Camera il 20 aprile 2017, per poi essere sottoposto all'approvazione della Commissione Igiene e Sanità del Senato, che ancora non si è pronunciata al riguardo, con un testo modificato e con la denominazione finale di d.d.l. S.2801. Trattasi di un progetto normativo che nasce con lo scopo specifico di «tutelare il diritto delle persone a essere informate sul proprio stato di salute e sulle relative cure e a disporre anche anticipatamente e liberamente in merito ai trattamenti sanitari e all'uso del proprio corpo *post mortem*»<sup>142</sup>.

Il contenuto del progetto di legge coincide, in parte, con quello del summenzionato d.d.l. 3599 del 2016, con talune differenze sostanziali di cruciale importanza.

In particolare, l'art. 2 del progetto C.1142 conteneva alcune definizioni rilevanti per la comprensione della successiva disciplina, tra cui quelle di «disposizione anticipata di trattamento», «testamento biologico» e, soprattutto, «fiduciario», qualificato come «il soggetto di fiducia del disponente che agisce sulla base delle volontà espresse sui trattamenti sanitari e sulle tecniche invasive di supporto vitale in caso di sopravvenuta incapacità di intendere e di volere del disponente»<sup>143</sup>. Tuttavia, tali enunciazioni non sono rifluite nel testo unificato S.2801 sottoposto all'approvazione del Senato, in tal modo perdendosi la preziosa occasione

---

<sup>142</sup> Relazione dell'On. Donata Lenzi allegata al disegno di legge. Anche l'art. 1 del progetto enuncia espressamente lo scopo dello stesso, seppur con talune differenze, prevedendo che la presente legge «nel rispetto dei principi di cui agli artt. 2, 13 e 32 Cost. e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona».

<sup>143</sup> La «disposizione anticipata di trattamento» è qualificata come «l'atto scritto revocabile redatto da un soggetto capace di intendere e di volere, attraverso il quale si esprime la volontà di accettare o rifiutare trattamenti sanitari o tecniche invasive di supporto vitale in caso di sopravvenuta incapacità di intendere e di volere. La disposizione anticipata di trattamento è parte integrante del testamento biologico di cui alla lettera b)». Nel contempo, si intende per «testamento biologico»: «l'atto scritto con il quale ciascuno può disporre circa i trattamenti sanitari, nonché l'uso del proprio corpo o di parti di esso dopo la morte, incluse le disposizioni relative all'eventuale donazione del proprio corpo, di organi o tessuti a scopo di trapianto, ricerca o didattica, alle modalità di sepoltura e alla assistenza religiosa».

di chiarificare preliminarmente concetti ancora sostanzialmente estranei al quadro ordinamentale e, quindi, di offrire un solido punto di riferimento per la successiva esegesi giurisprudenziale.

Venendo specificamente a tale seconda stesura, occorre evidenziare che l'art. 1, dopo la preliminare enunciazione relativa agli scopi dell'intervento normativo, si concentra sull'obbligatorietà dell'informazione preventiva del paziente circa il suo stato patologico, nonché sulla centralità del consenso informato quale fondamento dell'attività medica, ratificando le coordinate già da tempo elaborate ad opera della giurisprudenza di legittimità. In particolare, definisce i rispettivi contenuti e specifica altresì che, dopo tale informazione, ogni persona capace di agire «ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte (...), qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso, e la sua volontà è acquisita nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento (...) il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento»<sup>144</sup>.

Si aggiunge, poi, che il rifiuto del trattamento diagnostico o terapeutico, revocabile in ogni momento, è vincolante per il personale medico e rende gli stessi sanitari esenti da responsabilità civile e penale, ove allo stesso si siano conformati; ciò nondimeno, il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali ed a fronte di tali richieste il medico non ha obblighi professionali. E ciò con la precisazione, contenuta nel successivo art. 2, che anche in caso di rifiuto di un trattamento sanitario (o

---

<sup>144</sup> Inoltre, ai sensi del comma 3 dell'art. 1, si prospetta la possibilità, per il paziente, di rifiutare in tutto o in parte anche le informazioni fornitegli dal medico in ordine alla sua situazione patologica. Del resto, tale scelta potrebbe risultare il frutto della personalissima volontà di non convivere con la consapevolezza della malattia o delle sue conseguenze, circostanza che potrebbe influenzare negativamente il decorso patologico.

revoca del consenso precedentemente prestato), il medico, «avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, deve adoperarsi per alleviarne le sofferenze», garantendo una appropriata terapia del dolore<sup>145</sup>; ed inoltre, in caso di prognosi infausta a breve termine o imminenza di morte, «il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati».

Il successivo art. 3, specificamente relativo ai minori ed agli incapaci, manifesta con maggiore intensità la natura innovativa del disegno di legge, esordendo con l'affermazione del principio in base al quale la persona minore di età o incapace ha diritto «alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione, nel rispetto dei diritti di cui all'articolo 1, comma 1»; pertanto, deve ricevere le informazioni relative alla sua salute in modo consono alle sue capacità ed essere messa nelle condizioni, per quanto possibile, di esprimere la sua volontà al riguardo. Ciò premesso, mentre in riferimento ai minori di età il consenso informato al trattamento sanitario dovrà essere manifestato o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale<sup>146</sup>, in caso di soggetto interdetto, la sottoscrizione del consenso informato dovrà provenire necessariamente dal tutore, mentre in caso di soggetto inabilitato dovrà essere espresso dal soggetto medesimo o dall'amministratore di sostegno (ove a ciò preventivamente autorizzato dall'Autorità Giudiziaria), tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere<sup>147148</sup>.

---

<sup>145</sup> E ciò con il coinvolgimento del medico di medicina generale e l'erogazione delle cure palliative di cui alla Legge, 15 marzo 2010, n. 38.

<sup>146</sup> Tenendo conto della sua volontà, in relazione all'età e al grado di maturazione, ma avendo quale scopo esclusivo la salvaguardia della vita e della salute psico-fisica del minore stesso, nel rispetto della sua dignità.

<sup>147</sup> Si anticipa che tale ultima disposizione non manca di sollevare notevoli perplessità: da un lato valorizza condivisibilmente il ruolo dell'amministratore di sostegno, chiamato finalmente ad occuparsi della "cura della persona" e non solo di aspetti squisitamente patrimoniali; dall'altro sembra confinare l'operatività di questa figura in



L'art. 4 prosegue puntualizzando che ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, «in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari». Dunque, la disposizione contempla espressamente la vincolatività giuridica delle dichiarazioni anticipate di trattamento, precisando che il medico è tenuto al rispetto delle stesse, ma confina ragionevolmente l'alveo operativo dell'istituto entro i limiti, costituzionalmente accettati del cd. "rifiuto di cure", senza contemplare forme di eutanasia attiva.

I successivi commi 6 e 7 disciplinano dettagliatamente le modalità di redazione della disposizione anticipata di trattamento, delineando altresì delle specifiche modalità di deposito e prevedendo la possibilità per il paziente, ove le sue condizioni di salute rendano impossibile la redazione delle DAT con le forme dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, di manifestare la propria volontà attraverso videoregistrazione o altro dispositivo che consenta allo stesso la comunicazione<sup>149</sup>. Tali

---

esclusivo riferimento al soggetto inabilitato, comprimendo inspiegabilmente le potenzialità operative dell'istituto, che potrebbe essere più ragionevolmente destinato a colmare ogni forma di incapacità ed asimmetria comunicativa. Tuttavia, ben potrebbe trattarsi di un mero errore di formulazione letterale, agevolmente risolvibile collocando la disciplina che richiama l'istituto dell'amministrazione di sostegno in un comma autonomo ed effettuando le dovute precisazioni concettuali.

<sup>148</sup> Il comma 5 dell'art. 3 aggiunge che, nel caso in cui non vi siano disposizioni anticipate di trattamento ed il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata o l'amministratore di sostegno rifiutino le cure ritenute dal medico appropriate o necessarie, la decisione sarà rimessa al giudice tutelare, che assume quindi un ruolo residuale.

<sup>149</sup> Tale disciplina è ulteriormente corredata di apposita norma transitoria (art. 6), in base alla quale ai documenti atti ad esprimere le volontà del disponente in merito ai trattamenti sanitari, depositati presso il comune di residenza o presso un notaio prima della data di entrata in vigore della presente legge, si applicano le disposizioni della medesima legge.

disposizioni, peraltro, sono rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento, ma il legislatore non prevede espressamente un obbligo di rinnovazione periodica.

Come innanzi accennato, le volontà ivi contenute sono giuridicamente vincolanti per il personale medico e per le strutture sanitarie pubbliche o private, anche ove alla redazione delle stesse sia sopravvenuta la perdita della capacità di intendere e di volere o della facoltà di comunicare autonomamente e anche se dalla loro esecuzione derivi un pericolo per la salute o per la vita del paziente, con la conseguenza che andrà esente da responsabilità civile e penale il sanitario che ponga in essere tale esecuzione.

Inoltre, e ciò rappresenta il più significativo passo in avanti rispetto al precedente d.d.l. 3599 del 2016, nella gestione dell'itinerario sanitario della persona debole si inserisce la figura del fiduciario, che, ai sensi dell'art. 4, comma 1, può essere nominato attraverso la disposizione anticipata di trattamento onde rappresentare il paziente nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie. Risulta dunque a lui attribuita la titolarità, in caso di incapacità dell'interessato, dei diritti e delle facoltà che a quest'ultimo competono, anche in riferimento, dunque, al cd. "rifiuto di cure", come chiaramente evincibile dal dato testuale. Il fiduciario, necessariamente persona capace di intendere e di volere, dovrà accettare tale nomina sottoscrivendo la disposizione stessa con le modalità di cui al comma 2, oltre a poter rinunciare per iscritto all'incarico in ogni momento con atto scritto, dandone comunicazione al disponente. D'altro canto, il suo incarico potrà essere revocato in qualsiasi momento dal disponente stesso, con le modalità previste per la nomina e senza obbligo di motivazione.

La figura del fiduciario assume peculiare rilievo quale "alter ego" del paziente e per la ricostruzione della sua effettiva volontà, in specie nell'ipotesi in cui siano venute meno la coscienza e la comunicazione.

Difatti, pur essendo il medico vincolato al rispetto delle dichiarazioni anticipate di trattamento, si prospetta la possibilità, per lo stesso, di disattenderle in tutto o in parte, ove sussista accordo con il fiduciario, «qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita»; al contrario, in ipotesi di conflitto tra medico e fiduciario, la decisione è rimessa al giudice tutelare, secondo le modalità di cui al precedente comma 5 dell'art. 3.

Ciò posto, il disegno di legge si preoccupa infine di precisare che le DAT mantengono la loro efficacia anche ove non contengano l'indicazione del fiduciario o questo abbia rinunciato all'incarico, sia deceduto o sia divenuto incapace, potendo però il giudice tutelare eventualmente provvedere alla nomina di un amministratore di sostegno chiamato ad attualizzare le volontà ivi contenute<sup>150</sup>.

A differenza del precedente testo di cui al progetto di legge A.C. 1142-A, il d.d.l. S.2801, oltre a non contenere una specifica disciplina del testamento biologico<sup>151</sup>, non contempla espressamente l'ipotesi in cui il paziente sia caduto in stato di incoscienza o di impossibilità di comunicare senza aver preventivamente redatto le DAT. Pertanto, deve ritenersi che in tali situazioni trovino applicazione le coordinate elaborate dalla giurisprudenza di legittimità; sicché il medico, facendo applicazione del principio di cui all'art. 38 del Codice di deontologia medica, che la giurisprudenza ha attratto nell'area della rilevanza giuridica, dovrà semplicemente “tenere

---

<sup>150</sup> Tale disposizione appare particolarmente innovativa ed efficace, nella misura in cui rivitalizza la funzione assistenziale dell'istituto dell'amministrazione di sostegno; tuttavia, lascia emergere un contrasto, non agevolmente colmabile in via interpretativa, con il contenuto normativo di cui ai precedenti commi 3 e 4 dell'art. 3.

<sup>151</sup> Il testo precedente prevedeva che le disposizioni anticipate di trattamento, unitamente ad altre disposizioni relative alla complessiva gestione del proprio corpo, possono essere inserite all'interno del testamento biologico, che può essere redatto da qualsiasi persona capace di intendere e di volere maggiore di diciotto anni.

conto” delle precedenti manifestazioni di volontà del paziente che non siano state specificamente riversate in una dichiarazione anticipata di trattamento redatta secondo le modalità di cui ai commi 6 e 7 dell’art. 4, pur non essendo legislativamente vincolato dalle stesse<sup>152</sup>.

Da ultimo, il progetto di legge si preoccupa di vivificare e valorizzare la relazione di cura che si instaura tra paziente e sanitario nell’ottica dell’alleanza terapeutica, conferendo alla stessa una struttura complessa, in virtù dell’inserimento della figura del fiduciario e/o dei familiari del paziente stesso. In particolare, l’art. 5 – rubricato «Pianificazione condivisa delle cure» - specifica che, nella relazione tra paziente e medico, «rispetto all’evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, può essere realizzata una pianificazione delle cure condivisa (...) alla quale il medico e l’*équipe* sanitaria sono tenuti ad attenersi qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità». Ma ciò a seguito di una dettagliata informazione del paziente stesso e, con il consenso di quest’ultimo, dei suoi familiari, della parte di un’unione civile, del convivente o, più in generale, di una qualsiasi persona di sua fiducia, ad esito della quale il detto paziente viene messo nella possibilità di esprimere consapevolmente, successivamente all’eventuale confronto con le persone a lui più vicine, indicazioni circa i suoi intendimenti per il futuro, nonché circa l’eventuale nomina di un fiduciario.

Orbene, il disegno di legge oggetto di esame, ancor più del precedente d.d.l. 3599 del 2016, sembra quantomeno avvicinare il raggiungimento

---

<sup>152</sup> Il testo precedente ragionevolmente prevedeva che, in caso di impossibilità decidere sulla base delle enunciate valutazioni, si dovrà ricorrere al comitato etico della struttura sanitaria o, in caso di assenza dello stesso, al comitato etico dell’azienda sanitaria locale territorialmente competente, organismo che realizza in sé la compenetrazione di diverse branche del sapere.

dell'obiettivo di tutela delle persone deboli che prepotentemente emerge dal quadro costituzionale, tanto da porsi, secondo quanto precisato dallo stesso art. 1, quale vero e proprio strumento di concreta attuazione dell'art. 32 Cost.

L'obiettivo di fondo, come già innanzi ampiamente osservato, è quello di garantire la massima tutela possibile alla dignità ed all'integrità della persona in tutte le situazioni di incoscienza ed incapacità, in un contesto tecno-scientifico caratterizzato, per le ragioni già innanzi osservate, dalla moltiplicazione dei casi di cronicizzazione della malattia e delle sofferenze legate alla stessa, sempre più dilatate nel tempo. E il disegno di legge senz'altro contribuisce a potenziare la tutela offerta dell'ordinamento giuridico in riferimento a tali drammatiche contingenze, costituendo un significativo passo in avanti lungo il percorso di tutela dei diritti umani.

In particolare, il progetto, rifuggendo almeno apparentemente dal rischio di supina adesione ad un preconfezionato modello ideologico, sembra aver focalizzato l'assoluta necessità di valorizzare le personalissime convinzioni di ognuno circa il limite di sofferenza che è disposto a sopportare, sia sotto il profilo fisico che sotto il profilo psicologico. Di particolare rilievo, a tal riguardo, è la codificazione e descrizione dei contenuti del consenso informato, che ribadisce la qualificazione dello stesso in termini di presupposto di liceità dell'attività medica, in ossequio ai principi progressivamente elaborati dalla giurisprudenza di legittimità, cui si accompagna la cristallizzazione del diritto di rifiutare l'informazione stessa, proprio perché potenzialmente idonea a compromettere la stabilità psicologica del paziente emotivamente sensibile, influenzando negativamente il decorso patologico<sup>153</sup>.

---

<sup>153</sup> Si rammenta che già Ippocrate sottolineava l'esigenza che il medico, in talune specifiche situazioni, racchiudesse il suo sapere entro un'area di impenetrabilità, onde evitare al paziente pericolose suggestioni psicologiche, potenzialmente idonee ad incidere negativamente sulle sue possibilità di recupero; cfr., sul punto, par. 1.1.1. Del

Inoltre, dal vaglio del plesso normativo descritto emerge in maniera piuttosto netta il superamento del “vitalismo ippocratico” di matrice cristiana, in luogo del riconoscimento all’individuo di una titolarità piena (*rectius* semipiena) delle scelte relative alla propria salute, consentendo allo stesso di rifiutare, anche attraverso dichiarazioni anticipate di trattamento, eventualmente maturate in un più ampio programma di cura elaborato con il supporto del medico, qualsivoglia tipologia di trattamento sanitario, anche ove funzionale al mantenimento in vita dello stesso, oltre che all’eventuale protrazione di uno stato di incoscienza permanente. Il tutto, disegnando un quadro coerente della relazione di cura complessivamente intesa, tendenzialmente conforme al “diritto dei principi” che affonda le sue radici nel testo costituzionale<sup>154</sup>.

Dette disposizioni preservano la propria efficacia anche dopo la caduta del paziente in stato di incoscienza, sebbene debba ribadirsi la necessità, non adeguatamente temperata dal legislatore, di un accertamento medico di tale stato, veicolata dall’obiettivo di evitare artificiosi sbiadimenti della volontà della persona debole. In tal modo, si neutralizzerebbe il rischio di affidare completamente a terzi il governo della vita della persona incosciente, consentendo, anche al di là della piana capacità di comunicazione verbale, il recupero di un minimo rapporto dialogico con il medico, una manifestazione materiale, seppur stemperata, delle reali volontà del malato; ma ciò, contestualmente, ponendo il soggetto debole al riparo da quelle «forme silenziose o striscianti di non consentita eutanasia», cui si sono rivolte le preoccupazioni della giurisprudenza amministrativa<sup>155</sup>.

---

resto, trattasi di impostazione coerente con l’attuale concezione del bene giuridico salute, intesa quale benessere psico – fisico complessivo, che ben può essere minato dalla non voluta consapevolezza della malattia.

<sup>154</sup> P. ZATTI, *Salute, vita, morte: diritto dei principi o nuova legge?*, in *Quot. San.*, 7 marzo 2017, 3.

<sup>155</sup> Cfr. Cons. St., Sez. VI, 2 settembre 2014, n. 4460. Al riguardo, risulta di notevole rilievo anche la precisazione, contenuta nell’art. 3 del progetto di legge, che il rifiuto di

Tuttavia, il rischio di una contaminazione ideologica, tale forse da comprimere eccessivamente la volontà della persona incosciente, si intravede nel contenuto di alcune disposizioni, in specie ove raffrontato con il testo di cui al precedente progetto di legge A.C. 1142-A e abbinati.

In apertura di tale paragrafo si è evidenziata l'inopportunità dell'espunzione, dal testo del d.d.l. S.2801, delle definizioni relative ai concetti di «disposizione anticipata di trattamento», «testamento biologico» e, soprattutto, «fiduciario», la cui portata contenutistica, in assenza di una specifica presa di posizione legislativa, ben potrebbe risentire delle oscillazioni giurisprudenziali. Ebbene un rischio di tale tipologia, ma di intensità ancora maggiore, risulta ingenerato dall'introduzione del limite della contrarietà a legge, deontologia professionale e buone pratiche cui il paziente risulta sottoposto nel formulare all'indirizzo del medico le sue richieste concernenti la gestione dell'iter sanitario.

L'utilizzo da parte del legislatore di una formula letterale tanto elastica, se non addirittura vaga, non accompagnato da una puntuale definizione contenutistica dei mutevoli concetti di «deontologia professionale» e di «buone pratiche clinico-assistenziali», espone il nuovo dettato normativo al rischio di un'interpretazione giurisprudenziale restrittiva o, quantomeno, agli effetti negativi scaturenti dalle inevitabili oscillazioni interpretative.

Il concetto di deontologia professionale è infatti mutevole e profondamente influenzato dalle variabili indicazioni degli organismi di categoria, che

---

cure eventualmente manifestato dal paziente risulta vincolante per il personale sanitario operante nelle strutture sia pubbliche che private, in tal modo scongiurando la concretizzazione di situazioni di stallo, analoghe a quella di cui si è occupato il Consiglio di Stato con la summenzionata sentenza. Si ricorda, infatti, che in riferimento alla situazione patologica di Eluana Englaro, la Regione Lombardia, esercitando il proprio potere discrezionale attinente all'organizzazione del servizio sanitario, aveva espressamente negato la sospensione del trattamento di alimentazione artificiale. Per un approfondimento sul punto, R. MANFRELOTTO, *Autodeterminazione e funzione pubblica. La legge n. 180 del 1978 nella prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, in L. CHIEFFI, P. GIUSTINIANI (a cura di), *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, Torino, 2010, 221 ss.

normalmente traducono tali evoluzioni in modificazioni periodiche del Codice di deontologia medica<sup>156</sup>. Ma tale Codice, all'art. 17, prevede espressamente che «il medico, anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocarne la morte»<sup>157</sup>, senza contenere riferimenti alla più volte evocata distinzione tra “rifiuto di cure” ed eutanasia attiva, condivisibilmente valorizzata dalla giurisprudenza più avvertita<sup>158</sup> e dallo stesso disegno di legge oggetto di esame. E, se da un lato proprio tale giurisprudenza dovrà essere ragionevolmente adoperata per riempire di contenuto le summenzionate formule elastiche, dall'altro, la mancanza di una espressa presa di posizione legislativa lascia incolmato il vuoto esistente ed intatto il pericolo di un *revirement* interpretativo, preso atto della non vincolatività giuridica dei principi espressi dalla Suprema Corte.

Ed altrettanto flessibile, oltre che suscettibile di molteplici decodificazioni, risulta essere il concetto di buone pratiche clinico-assistenziali, in riferimento al quale, ancora una volta, il legislatore della riforma non offre indicazioni.

Attingendo alla giurisprudenza di legittimità<sup>159</sup>, che sostanzialmente accomuna le buone pratiche terapeutiche alle linee guida dell'attività medica, può ritenersi che le stesse consistano in «sapere scientifico e tecnologico consolidato su base empirica nel settore medico-sanitario»,

---

<sup>156</sup> Modificato, da ultimo, in data 15 novembre 2016.

<sup>157</sup> Il successivo art. 18, con disposizione parimenti suscettibile di plurime interpretazioni, prevede che «i trattamenti che incidono sull'integrità psico-fisica sono attuati al fine esclusivo di procurare un concreto beneficio clinico alla persona».

<sup>158</sup> Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748; Cons. St., Sez. VI, 2 settembre 2014, n. 4460;

<sup>159</sup> Cass. pen., Sez. IV, 9 aprile 2013, n. 16237. Si rammenta che diversi autori non hanno esitato a parlare di una vera e propria endiadi di linee guida e buone pratiche terapeutiche; cfr. R. DI LANDRO, *Le novità normative in tema di colpa penale (legge n. 189/2012, c.d. “Balduzzi”). Le indicazioni del diritto comparato*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2013, 834; F. CEMBRANI, *La “Legge Balduzzi” e le pericolose derive di un drafting normativo che (forse) cambia l'abito alla responsabilità giuridica del professionista della salute*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2013, 803.



configurandosi, dunque, quale strumenti di indirizzo ed orientamento dell'attività sanitaria fondati sul tentativo di oggettivare determinazioni e valutazioni del medico, sottraendole al suo soggettivismo. Ma ciò con la precisazione che, proprio in virtù di tale funzione orientativa, le buone pratiche non assurgono al rango di standard legali precostituiti, in considerazione della loro varietà, del loro diverso grado di qualificazione e della loro riconducibilità a diverse scuole di pensiero, che ben possono mutare nel tempo i loro orientamenti.

Tuttavia, un soccorso definitorio potrebbe provenire dalla recente riforma della responsabilità medica, attuata con L. n. 24/2017, il cui art. 5, al comma 1, ultimo periodo, colloca le buone pratiche terapeutiche in posizione subordinata rispetto alle linee guida, disponendo che, nello svolgimento dell'attività sanitaria, vadano osservate solamente in mancanza di queste ultime<sup>160</sup>. Invero, a fronte di una siffatta disciplina non sembra più sostenibile la tesi che sovrappone le due entità, con la conseguenza che, per l'identificazione del concetto di buone pratiche, ci si dovrà orientare tra le non sempre coerenti definizioni elaborate nel tempo dalla dottrina<sup>161</sup>, destinate anch'esse ad ingenerare delle inevitabili incertezze interpretative, ulteriormente incrementate dalla mancata previsione di un meccanismo di accreditamento ministeriale di tali buone

---

<sup>160</sup> In particolare, l'art. 5, comma 1, ultimo periodo, della L. n. 24/2017 prevede che «in mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali».

<sup>161</sup> Potrebbe optarsi per la definizione scelta da M. PALADINI, *Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella cd. Legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2015, 884, in base alla quale le buone pratiche costituiscono dei «modelli comportamentali condivisi (e sostanzialmente coincidenti con) gli usi cautelari diffusi in un determinato contesto spazio-temporale». Per approfondimenti sul punto, cfr. M. FACCIOLO, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (cd. "Legge Gelli-Bianco")*: profili civilistici, in *Studium iuris*, 7-8, 2017, 785.

pratiche<sup>162</sup>; e tali incertezze certo non giovano alla tutela della persona sofferente.

In definitiva, tale opzione legislativa fa sorgere il timore che si sia voluta creare un’“uscita di sicurezza” per i medici, con lo scopo di sopperire all’assenza di un’apposita norma, invocata dalla Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri<sup>163</sup>, che regolamenti l’obiezione di coscienza; uscita di sicurezza che potrebbe «legittimare il medico a non rispettare la volontà espressa dal paziente, vanificando, attraverso un’equiparazione tra legge e fonti deontologiche, il percorso virtuoso intrapreso sul piano normativo»<sup>164</sup>.

A suscitare ulteriori perplessità contribuisce, inoltre, la mancata previsione di un obbligo di aggiornamento periodico delle dichiarazioni anticipate di trattamento, su cui si innesta la possibilità per il medico, in accordo con il fiduciario, di disattenderne concretamente il contenuto ove le ritenga incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all’atto della sottoscrizione. Invero, solo la previsione di un siffatto meccanismo di aggiornamento avrebbe assicurato la persistente corrispondenza del contenuto delle dichiarazioni alle scelte di campo operate dal paziente ed al suo modo di concepire la malattia, scelte la cui formulazione deve necessariamente

---

<sup>162</sup> Per approfondimenti circa il deficit di tassatività emerso in riferimento al concetto di buone pratiche terapeutiche, A. DE SANTIS, *La colpa medica alla luce della legge Gelli-Bianco*, in *Studium iuris*, 7-8, 2017, 795 ss., ove si osserva che l’esaltazione del ruolo giurisprudenziale nell’individuazione delle linee guida e delle buone pratiche destinate ad acquisire rilevanza giuridica nell’individuazione dell’addebito di colpa effettuabile al medico incrementa ulteriormente l’alone di incertezza giuridica che già avvolge l’attività degli operatori sanitari, contaminando l’auspicabile alleanza terapeutica con il pericoloso fenomeno della medicina difensiva.

<sup>163</sup> Da ultimo, nell’audizione del 17 maggio 2017 dinanzi alla Commissione Igiene e Sanità del Senato, la FNOMeO ha ribadito «l’opportunità di inserire nel testo la previsione, per il medico, del diritto all’obiezione in scienza e coscienza rispetto alle richieste del paziente».

<sup>164</sup> C. CUPELLI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai principi alla legge?*, in *Cass. pen.*, 6, 2017, 2164 ss.

fondarsi su di una informazione continua ed aggiornata circa la progressione e/o evoluzione della malattia stessa ed altresì circa gli strumenti diagnostici e terapeutici idonei a fronteggiarla. Soltanto in tal modo poteva adeguatamente neutralizzarsi il pericolo, evidenziato dalla dottrina più avvertita<sup>165</sup>, legato all'astrattezza e genericità delle DAT, dovuto alla distanza psicologica e temporale tra la condizione in cui le dichiarazioni vengono redatte e la situazione reale di malattia in cui esse dovrebbero essere applicate, situazione caratterizzata dalla quotidiana convivenza con l'affezione e dal confronto continuativo con il personale medico; elementi idonei a fondare la premessa cognitiva per una scelta realmente libera ed autodeterministica, la cui mutevolezza temporale è inscindibilmente legata all'essenza dinamica del vissuto patologico ed all'intima profondità delle valutazioni valoriali che contornano lo stesso.

Al contrario, la non obbligatorietà di un aggiornamento periodico delle DAT, accompagnata dalla eventuale scarsa competenza tecnica di chi le elabora, rischia di ingenerare la persistente vigenza di dichiarazioni ambigue e distoniche rispetto alla realtà fattuale, espressive di un'autodeterminazione soltanto formale, destinata ad essere posta nel nulla sulla scorta del differente accordo intercorso tra medico e fiduciario.

Ancora, alcuni profili di opinabilità si ricollegano alla formulazione testuale dell'art. 3, posto che non consente di comprendere con chiarezza quale sia lo spettro operativo ritagliato all'istituto giuridico dell'amministrazione di sostegno, ossia in quali situazioni possa conferirsi allo stesso il potere di assumere decisioni relative alla gestione della salute del beneficiario, irragionevolmente includendosi la disciplina di tale figura

---

<sup>165</sup> Cfr., fra i tanti, N. CAMORETTO, *Testamento biologico e rispetto della dignità umana. Una prospettiva etico – clinica*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2016, 244 – 245. Considerazioni recepite anche in CNB, *Direttive anticipate di trattamento*, parere del 18 dicembre 2003.

all'interno del comma 4 della predetta norma, che sembrerebbe dedicato alla sola persona inabilitata.

Peraltro, tali perplessità vedono ulteriormente incrementata la loro consistenza in virtù del riferimento, contenuto nella medesima disposizione, alla tutela della «salute psicofisica e della vita», quale clausola di scopo che vincola l'operato dei rappresentanti legali. Infatti, l'inserimento di tale prescrizione limitativa, unitamente al mancato richiamo di altri valori fondanti la relazione di cura, quali la dignità, l'autodeterminazione e l'integrità, «apre il campo al pericolo di una disparità tra soggetti capaci e incapaci di autodeterminarsi in ambito sanitario», rispetto ai quali potrebbe prospettarsi una preclusione interpretativa della possibilità di rifiutare le terapie di sostegno vitale, sia pure sproporzionate<sup>166</sup>.

Da ultimo, ma non per importanza, deve rimarcarsi che il disegno di legge, nella formulazione sottoposta all'approvazione del Senato, pur occupandosi espressamente delle dichiarazioni anticipate di trattamento, non contiene una disciplina del testamento biologico, inteso quale contenitore di un insieme di determinazioni relative alla gestione della sfera intima e personale, destinato a ricomprendere anche le disposizioni stesse.

Al contrario, nella formulazione anteriore all'esame della Camera<sup>167</sup> era inclusa una disciplina specifica dello strumento testamentario, concepito quale involucro dell'autodeterminazione individuale complessivamente intesa, idoneo a ricomprendere non solo disposizioni relative alla gestione

---

<sup>166</sup> C. PARDINI, *Scelte di fine vita e amministrazione di sostegno: problemi aperti*, in *Nuova giur. civ.*, 4, 2017, 513. L'Autrice osserva conclusivamente che «sembra assai remota la possibilità di vedere approvato, in tempi relativamente brevi, un testo di legge che possa contribuire ad una relazione tra medico e paziente costruita, non solo idealmente, nel rispetto dei diritti di entrambi» e che «il Parlamento rischia di sprecare un'importante occasione per avviare un dibattito ampio, senza pregiudizi ideologici e in grado di fornire una cornice certa a istanze già ampiamente riconosciute nell'ordinamento».

<sup>167</sup> Il riferimento è al progetto di legge A.C. 1142-A e abbinati.

del percorso diagnostico e terapeutico, ma anche determinazioni concernenti l'uso del proprio corpo o di parti di esso dopo la morte, la donazione degli organi e dei tessuti a scopo di trapianto, ricerca o didattica, le modalità di sepoltura e l'assistenza religiosa.

Un approfondimento di questo tipo avrebbe determinato un ulteriore significativo avanzamento lungo il percorso di tutela dell'individuo, offrendo a ciascun cittadino italiano la piena possibilità di realizzare la continuazione della propria personalità dopo la morte, non solo sotto il profilo patrimoniale<sup>168</sup>, ma anche sul versante più squisitamente esistenziale ed ontologico.

### **3.5. Considerazioni conclusive**

I temi bioeticamente rilevanti riemergono periodicamente nel dibattito politico e pubblico sull'onda emotiva provocata dalla verifica di episodi tragici, alimentata dal confuso e spesso fazioso "tam tam mediatico" in guisa tale da suscitare reazioni accalorate ed a volte scomposte. Con grande prontezza l'opinione pubblica intraprende la serrata e feroce ricerca di capri espiatori cui addebitare la colpa dei mali sociali, condotta per mano dai moderni mezzi di comunicazione attraverso meccanismi ampiamente semplificatori, che tendono alla ripartizione della generalità dei consociati dietro le barricate dei pro e dei contro, costruite ad arte sulla scena mediatica e nell'arena dello scontro politico. Il *quisque de populo* si fionda sui social network per "sputare" all'indirizzo del prossimo la propria indignazione, facendosi beffe delle riflessioni dei "benpensanti",

---

<sup>168</sup> Su tale versante, la continuazione della personalità del *de cuius* è garantita essenzialmente dalla disciplina della successione testamentaria, contenuta negli artt. 587 ss. c.c.

in un processo di cancellazione delle “zone grigie” che rischia però di cancellare anche l’essenza del dibattito: la tutela della persona<sup>169</sup>.

Ma è chiaro, e a tutti dovrebbe essere chiaro, che le questioni bioeticamente rilevanti celano una riflessione complessa e ricca di sfumature e si collocano normalmente al centro di un dibattito tecnico sofisticato, ricco di voci qualificate difficilmente riconducibili al bianco e al nero<sup>170</sup>. Il tema del fine vita coinvolge diverse prospettive valoriali, spesso articolate e multifaccettate, dalla cui analisi ponderata non può prescindere per l’elaborazione di una soluzione che persegua realmente il bene comune. D’altra parte, gli argomenti di inizio e fine vita, pur risultando in parte privi di copertura giuridica, costituiscono oggi il campo d’azione privilegiato all’interno del quale determinare un’autentica concezione dell’essere umano<sup>171</sup>.

Tuttavia, come già innanzi accennato, pare opportuno collocare al centro di tale riflessione il controllo del corpo, quale valore universalmente riconosciuto che ci costituisce non solo in quanto esseri senzienti e pensanti ma anche in quanto agenti e individui e autonomi, che ci radica nel mondo dei viventi. Nell’attuale struttura statale “secolarizzata”, l’apparato politico non può che far gravitare il proprio operato intorno al nucleo di tale valore, senza cedere alle lusinghe dell’agevole adesione a preconfezionati modelli ideologici, idonei, volta per volta, a soddisfare le istanze di questa o di quella forza sociale, ma non a centrare l’obiettivo ultimo<sup>172</sup>.

---

<sup>169</sup> Emblematica, in tal senso, può considerarsi la drammatica esperienza di Fabiano Antoniani, alias dj Fabo, che, diventato cieco e tetraplegico a seguito di un incidente stradale avvenuto nel 2014, il 27 febbraio 2017 ha trovato volontariamente la morte in Svizzera, dove ha avviato e portato a termine il percorso del suicidio assistito con la collaborazione dell’Associazione Luca Coscioni.

<sup>170</sup> V. OTTONELLI, *Il corpo come soggetto di diritti*, in *Il Mulino*, 4, 2017, 547.

<sup>171</sup> M. PERIN, *Valorizzare la dignità della persona nelle “norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”*, in *Biolaw journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2017, 130.

<sup>172</sup> D’altronde, la laicità, traendo origine dal razionalismo e dall’Illuminismo, presuppone un’idea relativistica della democrazia e proprio tale idea, dunque, si pone a

Solo in tal modo può darsi concretezza al moderno principio di dignità umana, intesa quale condizione di nobiltà ontologica e morale in cui ciascun essere umano è posto per il sol fatto di essere uomo e di esistere in quanto individuo unico ed irripetibile<sup>173</sup>; principio che in questa accezione si è consacrato quale lascito del costituzionalismo del dopoguerra, figlio di un Novecento tragico che ha innescato profonde riflessioni circa il rapporto tra persona, scienza e tecnologia<sup>174</sup>; ed ha travalicato i confini nazionali, trovando recepimento nei più importanti documenti posti a presidio dei diritti fondamentali dell'individuo<sup>175</sup>. Solo in tal modo possono eludersi i rischi legati alla emarginazione sociale delle persone affette da disabilità o incapacità, la cui spettacolarizzazione mediatica, intesa quale riduzione a fenomeno da mostrare allo sguardo curioso e morboso dello spettatore, innesci, anche in maniera inconscia, un meccanismo di «contrapposizione tra “noi” e “loro”; tra chi ha diritto al riconoscimento della piena dignità di essere umano e chi da quell'umanità viene escluso a causa della sua “anormalità”, del suo essere al di fuori della “norma”». E ciò stemperando quella pericolosa tensione verso l'autoperfezionamento, destinato a realizzarsi in un futuro indeterminato, che induce ognuno di noi ad ignorare

---

fondamento del pluralismo democratico e mette in guardia dalle visioni assolutistiche e totalizzanti; cfr., sul punto, G. ZAGREBELSKY, *Il «crucifige!» e la democrazia*, Torino, 2007, 114 ss., 118 ss., 121 ss.; H. Kelsen, *La democrazia*, trad. it. di M. Barberis, Bologna, 1998, 219 ss., 269 ss., il quale, già in tempi più risalenti, aveva affermato il legame inscindibile tra il relativismo e la teoria liberale; J. BAUBÉROT, *Le tante laicità del mondo. Per una geopolitica della laicità*, Roma, 2008, 53 ss., il quale afferma che «ogni religione ha un influsso sociale conforme al numero dei fedeli, ma non deve avere il potere di imporre la propria concezione della vita a chi è altrimenti orientato».

<sup>173</sup> T. PASQUINO, *Dignità della persona e diritti del malato*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. III, Milano, 2011, 543 – 544; cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982.

<sup>174</sup> S. RODOTÀ, *La rivoluzione della dignità*, Napoli, 2013, 14 – 15. Circa i limiti costituzionali alla libertà scientifica e le influenze sovranazionali, L. CHIEFFI, *Ambiti di tutela costituzionale e sviluppi interpretativi del diritto del malato al governo del proprio corpo*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013, 49 – 61.

<sup>175</sup> Cfr. S. ANDALORO, *Il principio del consenso informato tra Carta di Nizza e ordinamento interno*, in *Fam. e dir.*, 2011, 85 ss.

la necessità di vivere nel presente e a considerare come “corpi a perdere” le vite degli anziani fragili, dei malati terminali e delle persone affette da gravi disabilità<sup>176</sup>.

E ciò con la consapevolezza che adottare questo paradigma non significa rinnegare le conquiste della scienza medica, destinate a prolungare la vita anche se in condizione di incapacità, ma, più semplicemente, «coniugare la “cura” della medicina scientifica con il “prendersi cura” della medicina antropologica», che non deve sradicare il singolo essere umano dal contesto sociale e valoriale di appartenenza, in ottemperanza alla moderna concezione della salute intesa quale benessere psico-fisico complessivo<sup>177</sup>.

Certamente nell’ultimo ventennio, grazie al coraggio ed alla tenacia dimostrata dai protagonisti dei tragici casi Welby ed Englaro, nonché all’illuminata esegesi di una parte della giurisprudenza<sup>178</sup>, si è pervenuti all’elaborazione di un “diritto dei principi”, che coinvolge la relazione di cura in tutta la sua ampiezza e che, contrastando correnti secolari di direzione opposta, colloca la tutela della persona e della sua volontà al centro dell’universo giuridico, propendendo per l’accompagnamento verso

---

<sup>176</sup> B. CASALINI, *Disporre in autonomia del proprio corpo disabile*, in *Il Mulino*, 4, 2017, 580, ove si osserva che, storicamente, la collocazione di questi individui ai margini della società o la esposizione, nell’ambito di spettacoli pubblici, quali esseri anormali o mostruosi, sui quali era lecito fissare insistentemente lo sguardo ed esprimere senza vergogna commenti di meraviglia e disgusto, forniva alla generalità dei consociati una rassicurante illusione circa la propria normalità ed umanità. All’inizio del Ventesimo secolo, con l’affermazione dell’eugenetica, questa spettacolarizzazione si è tramutata nell’adozione di politiche di sterilizzazione sociale, trascinate dalla prospettiva di un’umanità liberata da ogni forma di disabilità, considerata quale sorta di degenerazione della specie. Per approfondimenti sul punto, cfr. R. GARLAND THOMSON, *Extraordinary bodies: figuring physical disability in american culture and literature*, New York, 1997.

<sup>177</sup> P. ADINOLFI, *Concezioni di salute e modelli di tutela*, in F. LUCREZI, F. MANCUSO (a cura di), *Diritto e vita: Biodiritto, bioetica, biopolitica*, Soveria Mannelli, 2010, 95 – 96.

<sup>178</sup> Ancora una volta si citano, su tutte, Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748; Cons. St., Sez. VI, 2 settembre 2014, n. 4460.



una morte accettata e degna della persona umana<sup>179</sup>. Un “diritto dei principi” che volge lo sguardo anche oltre i confini nazionali, ai numerosi ordinamenti giuridici che riconoscono più o meno ampi margini di autodeterminazione nella fase terminale della vita; e tale confronto, oltre ad offrire interessanti spunti di riflessione destinati ad orientare l’iniziativa legislativa, evidenzia con nettezza impietosa la circostanza che, nel panorama europeo, soltanto l’Italia e l’Irlanda non hanno ancora provveduto all’emanazione di una legge che disciplini compiutamente ed esaustivamente le questioni di fine vita.

Dunque, le condizioni di vita della persona incapace rimangono pur sempre una “questione politica”. Certamente il recente tentativo di regolamentare la questione del fine vita attraverso la formulazione di proposte di legge sul testamento biologico costituisce una testimonianza di questa evoluzione e dello sforzo che l’ambiente politico sta cercando di mettere in atto per rispondere ad istanze sociali oramai avvertite come non ulteriormente procrastinabili. E, attraverso l’analisi delle assonanze che si riscontrano tra i diversi disegni di legge attualmente giacenti in Parlamento, emerge una base culturale comune, specificamente costituita da questo “diritto dei principi”, che tende ad affiorare nella progettualità legislativa dopo essersi affermato nella cultura etico-morale, nonché giuridica, posta a fondamento della progettualità stessa, assottigliando le distanze che intercorrono tra prospettiva laica e prospettiva cattolica.

---

<sup>179</sup> P. ZATTI, *Cura, salute, vita, morte: diritto dei principi o disciplina legislativa?*, in *Biolaw journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2017, 185 – 186. L’Autore si impegna nel delineare i tratti fondamentali di questo diritto dei principi specificando che: «la cura deve essere proporzionata secondo un rapporto tra intervento ed esiti attesi, e deve essere “a misura” del miglior benessere soggettivo e quindi delle prospettive, intenzioni, valori della persona»; «non esiste beneficiabilità senza consenso (...»); «è diritto inalienabile della persona di rifiutare le cure (...»); «è diritto inalienabile di ciascuno quello di esprimere un rifiuto anche per il futuro, in vista di una propria sopravvenuta incapacità».

È pur sempre vero che ancora oggi esistono diversi modi di intendere il concetto di dignità; ma la divergenza di vedute su ciò che contraddistingue una vita degna di essere vissuta sfuma nell'adesione alla visione kantiana della dignità, che rinviene nel requisito dell'autonomia il principio fondante di ogni natura ragionevole, precisando che uno degli aspetti caratterizzanti l'uomo è proprio quello di riuscire a speculare sulla struttura motivazionale del proprio essere e del proprio agire, in modo da poter essere sempre autore di una "scelta"<sup>180</sup>; anche se questa scelta non è, per ragioni insormontabili, frutto di una manifestazione di volontà diretta, bensì mediata, nonché accompagnata, nella sua formazione ed evoluzione, da un supporto di natura tecnica e professionale, che recupera l'essenza solidaristica del rapporto medico paziente<sup>181</sup>.

In tale ottica, la dichiarazione anticipata di trattamento smarrisce la sua potenziale connotazione in termini di "decisione di morte", per tramutarsi in una «co-costruzione di significato», che si realizza nella relazione di cura e fiducia tra paziente e medico, quel luogo ove si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> Per un approfondimento di tale concezione, T. PASQUINO, *Dignità della persona e diritti del malato*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. III, Milano, 2011, 544 ss.; cfr. I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. it. di F. GONNELLI, Bari, 1997. Particolarmente pregnanti sono le parole del vescovo anglicano Robert Holloway, il quale, in R. HOLLOWAY, *Una morale senza Dio. Per tener fuori la religione dall'etica*, Milano, 2001, 72, afferma che fin quando «non faccia a pugni con altri valori ancor più importanti (...) la libertà di scelta, anche quando la scelta è irrazionale, è uno dei più grandi valori dell'umanità».

<sup>181</sup> Circa l'importanza dello strumento della «pianificazione anticipata delle cure», introdotto dal d.d.l. S.2801, nell'ottica della rivitalizzazione dell'alleanza terapeutica, D. LENZI, *Consenso informato e DAT. Riprende il cammino parlamentare*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2016, 306 – 307. Per una riflessione più ampia sul concetto di pianificazione anticipata delle cure, N. COMORETTO, *Testamento biologico e rispetto della dignità umana. Una prospettiva etico-clinica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2016, 249 – 251.

<sup>182</sup> M. PERIN, *Valorizzare la dignità*, cit., 139.

Tuttavia, come già osservato, il progetto unificato sottoposto attualmente all'approvazione del Senato ha subito delle significative modificazioni rispetto alla sua prima stesura, che non solo ne hanno frustrato il potenziale definitorio, ma hanno altresì allontanato lo stesso dal paradigma costituzionale di riferimento. L'introduzione di valori guida destinati a vincolare il consenso sostitutivo del rappresentante legale, quale la «tutela della salute psicofisica e della vita» del minore e dell'incapace, e l'introduzione degli indefiniti limiti al novero dei trattamenti esigibili dal sanitario<sup>183</sup> rischiano di oscurare la costellazione inscindibile di diritti fondamentali che, consacrata dal testo costituzionale, non risulta integralmente richiamata nel progetto di legge; la norma sembra invece selezionare «salute» e «vita» quali unici criteri destinati ad orientare (se non addirittura a vincolare) le decisioni prese nell'interesse della persona incapace, quasi che il *best interest* di quest'ultimo non includesse altri valori<sup>184</sup>, *in primis* quello della dignità. E nella stessa prospettiva può leggersi anche il mancato approfondimento del rapporto intercorrente tra dichiarazioni anticipate di trattamento e cure palliative, tema attualmente regolato dalla L. n. 38/2010<sup>185</sup>.

La scelta ha però un suo significato politico se la si legge come tentativo consapevole di mediare tra le contrapposte istanze provenienti dalla

---

<sup>183</sup> Il riferimento è al limite della contrarietà alla deontologia professionale e alle buone pratiche clinico-assistenziali cui il paziente risulta sottoposto nel formulare all'indirizzo del medico le sue richieste concernenti la gestione dell'iter sanitario, la cui portata è stata approfondita *sub* par. 3.4.3.

<sup>184</sup> Si sofferma su tale potenziale deficit di tutela P. ZATTI, *Cura, salute, vita, morte, cit.*, 189, sottolineando che il nuovo testo di legge conduce con sé il pericolo di oscurare: «a) il peso di un rifiuto consapevole di cure da parte di un minore che ha raggiunto una piena capacità di determinarsi; b) il problema di una valutazione di proporzionalità/appropriatezza della cura, che per essere completa deve includere anche i valori della dignità, dell'integrità e della identità della persona, anche quando la persona non è in grado di esprimere volontà, o non le ha espresse o manifestate in precedenza».

<sup>185</sup> Cfr., al riguardo, R. ELEFANTE, *Medical futility. Profili etico-deontologici e giuridici*, Napoli, 2008; AA. VV., *Proposta di un percorso decisionale ed assistenziale per la sedazione palliativa*, in *Med. e Mor.*, 1, 2013, 155 – 177.

prospettiva cattolica e da quella laica, alimentato dal timore delle battaglie che il fronte cattolico si prepara ad intraprendere in Senato, potenzialmente idonee, come l'esperienza insegna, a produrre effetti distruttivi in termini di qualità legislativa ed a determinare modificazioni del testo di legge ancor più consistenti rispetto a quelle realizzate nel passaggio tra prima e seconda stesura<sup>186</sup>. D'altronde, a prefigurare il clima che animerà il dibattito parlamentare (non necessariamente destinato a concludersi positivamente, stante anche il persistente rischio di scioglimento delle Camere) contribuiscono le reazioni cattoliche immediatamente successive all'approvazione del testo alla Camera<sup>187</sup>.

Ad ogni modo, il testo, seppur ampiamente perfezionabile, raccoglie il favore di chi lo considera «un efficace compromesso, idoneo a consolidare principi e diritti di libertà senza aprire la porta alla paventata deriva eutanasica, che prospetta al legislatore l'opportunità di recuperare consenso e dimostrare equilibrio, sensibilità e capacità tecnica su un terreno» considerato tradizionalmente appannaggio del diritto giurisprudenziale<sup>188</sup>.

Senza dubbio i rischi di abuso insiti in ogni disciplina che ampli l'autonomia decisionale dell'incapace nella fase finale e spesso incosciente

---

<sup>186</sup> Emblematico, a tal riguardo, può considerarsi l'iter legislativo che ha condotto all'emanazione della L. n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita, progressivamente smantellata, quanto al profilo contenutistico, da numerosi interventi della Corte costituzionale. Per approfondimenti si rimanda a A. DE SANTIS, *La fecondazione eterologa nel quadro legislativo e giurisprudenziale italiano*, in M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *Fecondazione eterologa*, Milano, 2015. Per un confronto tra il d.d.l. Calabrò e la L. n. 40/2004, S. AGOSTA, *Se l'accanimento legislativo è peggio*, cit., 7 – 8.

<sup>187</sup> Basti pensare all'eclatante protesta messa in atto il giorno stesso da numerosi parroci molisani, i quali, oltre a suonare la campane a morto, hanno fatto affiggere sul territorio del comune di Pietrabbondante un necrologio recante il seguente testo: «Le campane suonano a morto perché la Vita è vittima della morte, dall'aborto all'eutanasia delle Dat (Disposizioni anticipate di trattamento). Con queste l'Italia ha scelto di “far morire”, non di far vivere». Sul punto, A. GAGLIARDI, *Biotestamento, protesta dei parroci con campane a morto*, in [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com), 21 aprile 2017, (accesso del 15 settembre 2017).

<sup>188</sup> C. CUPELLI, *Consenso informato e disposizioni*, cit., 2164 ss.

della vita sono reali<sup>189</sup>; ma questo non costituisce certamente un motivo valido per eludere un confronto produttivo improntato ai criteri della ragionevolezza, della prudenza e della solidarietà<sup>190</sup>, e che ponga realmente la persona al centro della riflessione giuridica, al di là degli interessi politici sottostanti e delle conseguenze che, in chiave elettorale, possono scaturire da una decisione assunta con lucidità e realmente improntata al perseguimento del bene comune.

In linea più generale, si attende dal legislatore italiano una presa di posizione che dissolva la convinzione circa la cronica incapacità del nostro paese di adeguare il proprio ordinamento giuridico alle nuove istanze imposte dalla costante evoluzione scientifica e che eviti l'ulteriore proliferazione delle incursioni della giurisprudenza, frequentemente chiamata ad intervenire su questioni di natura bioetica ancora sprovviste di regolamentazione giuridica per sopperire all'immobilismo politico<sup>191</sup>, senza però poter fornire le risposte adeguate e certe che la società civile quotidianamente reclama. Si auspica il raggiungimento di una maturità politica capace di concretizzare un confronto sereno e costruttivo che involga i delicati temi del fine vita e che possa ampliare il proprio raggio

---

<sup>189</sup> Difatti, la propensione ad aderire alle tendenze proibizionistiche si rafforza quando l'avanzamento scientifico fa nascere il timore di una manipolazione della natura umana, sulla scia dei tragici eventi verificatisi agli inizi del Novecento. In tal senso, S. RODOTÀ, *Perché laico*, cit., 187 – 188.

<sup>190</sup> Sottolinea tale necessità C. CASONATO, *Fine vita*, cit., 604.

<sup>191</sup> Particolarmente efficace, a tal riguardo, la riflessione di M. FUSCO, *La bioetica italiana tra l'incudine della politica ed il martello della magistratura*, in L. CHIEFFI, P. GIUSTINIANI (a cura di), *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, Torino, 2010. L'Autore evidenzia efficacemente che l'immobilismo della politica, accostato all'intervento a volte necessariamente irruento della magistratura, ben possono essere rappresentati dalla metafora dell'incudine e del martello, con i temi della bioetica drammaticamente schiacciati tra l'una e l'altro. Valga notare che proprio l'acrimoniosa polemica condotta dalla politica contro la magistratura può essere letta quale conculcazione del pluralismo democratico nel nome di una concezione assolutistica del principio di sovranità popolare, come osservato da A. RIDOLFI, *Rifiuto delle terapie mediche*, cit., 658. Critico, sul ruolo creativo assunto dai giudici in riferimento a tali tematiche, G. GENNARI, *La via giurisprudenziale al testamento biologico?*, nota a margine di Trib. Modena, decr. 13 maggio 2008, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1828 ss.

d'azione inglobando tutti i temi bioeticamente rilevanti, costituendo la piattaforma su cui possa fruttuosamente innestarsi una regolamentazione giuridica capace realmente di soddisfare le istanze solidaristiche radicate nel tessuto sociale e che consenta un avvicinamento agli standard di tutela dei diritti fondamentali già raggiunti da altri paesi europei, evitando il ripetersi di vicende giudiziarie travagliate e drammatiche, quali quelle che hanno coinvolto Piergiorgio Welby ed Eluana Englaro.

Sono oramai lontani i tempi delle condanne sdegnate dell'autoregolatività e dell'autodeterminazione, fondate sull'apodittica invocazione di una sedicente "legge naturale"; così come deve rifuggersi la sterile contrapposizione con un narcisismo libertario ed indifferentemente permissivo dell'io, auspicandosi, piuttosto, la ragionevole calibratura del principio di autodeterminazione<sup>192</sup>. E ciò nella piena consapevolezza che un'etica della qualità della vita non deve considerarsi (o non deve più considerarsi) in radicale ed insanabile contrasto con i valori di matrice cattolica; tanto è che tale convinzione ha fatto breccia, sebbene attraverso un recepimento moderato, anche nel pensiero di alcuni importanti teologi cattolici<sup>193</sup>.

Deve inoltre accettarsi, onde garantire un dibattito realmente efficace, la consapevolezza che, al di là della netta contrapposizione tra pro e contro, alimentata dalla spesso distorta rappresentazione mediatica delle vicende

---

<sup>192</sup> Cfr., sul punto, C. VIGNA, *Vita umana e autodeterminazione. Una questione molto disputata*, in *Biolaw journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2017, 207. L'Autore articola la sua approfondita riflessione partendo dal presupposto che «un essere libero non può essere costretto a conseguire uno scopo (...) e che uno scopo è degno di un essere libero, se onora la sua libertà e la sua libera destinazione, cioè se viene a lui come per lui»; viene cioè a lui per propiziare la fioritura non soltanto del suo corpo, ma della sua umanità complessivamente intesa.

<sup>193</sup> Cfr., su tutti, H. KUNG, W. JENS, *Della dignità del morire*, Milano, 1996. Per approfondimenti sul punto si rimanda al par. 2.1.1. Prospetta una siffatta apertura anche G. SASSO, *Sul Testamento biologico*, cit., 500 – 501.

umane e dalle potenzialità decostruttive dei social network<sup>194</sup>, su molti temi bioeticamente rilevanti non si dispone e non si può disporre di risposte definitive e dirimenti e che la genesi, nel dibattito pubblico, di posizioni tra loro diametralmente opposte non è necessariamente frutto di malafede o impreparazione, ma anche dell’oggettiva difficoltà di disciplinare adeguatamente tematiche intrinsecamente legate alla base valoriale che attiene all’intima essenza dell’essere umano<sup>195</sup>, ontologicamente caratterizzate da personalissima ed ineliminabile mutevolezza, perché aderenti al modo di essere di ognuno. In tale ottica, il diritto si tramuta da “regola di supremazia” a “regola di compatibilità” tra valori, paradigmi e significati di vita differenti<sup>196</sup>, concretizzando il principio di laicità dello Stato e consentendo l’elaborazione di soluzioni che compendiano ragionevolmente le motivazioni metafisiche con la razionalità laica<sup>197</sup>, approcciando con equilibrio ad ogni prospettiva visuale, con l’obiettivo di risultare, per quanto possibile, rispettose dei valori religiosi ed altresì efficaci nel perseguimento del bene comune.

---

<sup>194</sup> Presupposti su cui spesso si innesta una miopia legislativa di matrice emergenziale, che guarda al breve o addirittura al brevissimo, piuttosto che auspicare il soddisfacimento a lungo termine delle esigenze generali.

<sup>195</sup> Come efficacemente evidenzia V. OTTONELLI, *Il corpo come soggetto di diritti*, cit., 555.

<sup>196</sup> Sul punto, M. DI MASI, *Fine vita: vecchi e nuovi paradigmi a confronto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 2010, 154 – 155. Per approfondimenti, A. RIDOLFI, *Rifiuto delle terapie mediche*, cit., 656 – 658; cfr. G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno. Gli ideali, le convinzioni, i modi di pensare nei loro rapporti col diritto*, Milano, 1996, 125 ss.

<sup>197</sup> Interessante la riflessione di A. BENINI, *Eutanasia e testamento biologico*, cit., 285, il quale auspica la venuta di un tempo in cui vi sarà sia la «rinuncia dei non credenti a considerare i credenti retri ed arcaici», sia la «rinuncia dei credenti ad imporre ai non credenti i loro precetti della vita e della morte»; cfr. anche C. A. DEFANTI, *Vivo o morto? La storia della morte nella medicina moderna*, Milano, 1999, 171 ss.





## **Bibliografia**

- AA. VV., *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 3, 2016;
- AA. VV., *Diritto alla salute, diritto alla privacy e consenso dell'avente diritto*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2001;
- AA VV, *Il disegno di legge circa le disposizioni anticipate di trattamento (alla luce delle modifiche del testo emanato dalla Camere il 12 luglio 2011); un'occasione mancata?*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 3, 2012;
- AA. VV. *La consapevolezza nella diagnosi e nella prognosi nella persona con malattia a prognosi infausta: la percezione negli atteggiamenti di un gruppo di medici e infermieri*, in *Professioni infermieristiche*, 65(3), 2012;
- AA. VV., *Le manifestazioni anticipate di volontà: il living will tra autodeterminazione della persona e autonomia del medico*, in C. Buccelli (a cura di), *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013;
- AA. VV., *Proposta di un percorso decisionale ed assistenziale per la sedazione palliativa*, in *Med. e Mor.*, 1, 2013;
- M. ABATE, *La protezione giuridica degli incapaci maggiorenni in Francia*, in E. V. NAPOLI (a cura di), *Gli incapaci maggiorenni. Dall'interdizione all'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005;
- N. ABBAGNANO, *Storia della filosofia. La filosofia antica. La patristica e la scolastica*, Tomo I, Torino, 2007;
- A. ACCATTATI, *La posizione di garanzia del medico*, in M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI, *Il testamento biologico, verso una proposta di legge*, Milano, 2007;
- P. ADINOLFI, *Concezioni di salute e modelli di tutela*, in F. LUCREZI, F. MANCUSO (a cura di), *Diritto e vita: Biodiritto, bioetica, biopolitica*, Soveria Mannelli, 2010;
- S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di C. Cost., sent. n. 151/2009)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it);
- S. AGOSTA, *Se l'accanimento legislativo è peggio di quello terapeutico: sparse notazioni al disegno di legge in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it);
- J. AGRIMI, C. CRISCIANI, *Carità ed assistenza nella civiltà cristiana medioevale*, in M. GRMEK (a cura di), *Storia del pensiero medico occidentale, I, Antichità e medioevo*, Bari, 1993;

- J. AGRIMI, *La professione mediche*, in AA. VV., *La scienza bizantina e latina: la nascita di una scienza europea. Aspetti etici e sociali della medicina*, da [www.treccani.it/enciclopedia](http://www.treccani.it/enciclopedia);
- J. AGRIMI, C. CRISCIANI, *Malato, medico e medicina nel Medioevo*, Torino, 1980;
- J. AGRIMI, C. CRISCIANI, *Medicina del corpo e medicina dell'anima. Note sul sapere del medico fino all'inizio del XIII secolo*, Milano, 1978;
- U. ALLEGRETTI, *Storia costituzionale italiana. Popolo e istituzioni*, Bologna, 2014;
- F. AMATO, E. LUPO, *L'amministratore di sostegno. Strumento per una nuova qualità della vita*, in *Questione giustizia*, 6, 2000;
- F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, Torino, 2003;
- S. ANDALORO, *Il principio del consenso informato tra Carta di Nizza e ordinamento interno*, in *Fam. e dir.*, 2011;
- L. R. ANGELETTI, *Storia della medicina e bioetica*, Milano, 1992;
- L. R. ANGELETTI, V. GAZZANIGA, *Storia, filosofia ed etica generale della medicina*, Milano, 2008;
- G. ANGELICI, *La nozione di autonomia: fondamenti*, in P. CATTORINI, E. D'ORAZIO, V. POCAR (a cura di), *Bioetiche in dialogo. La dignità della vita umana e l'autonomia degli individui*, Milano, 1999;
- G. ANNAS, *Standard of Care: The Law of American Bioethics*, New York, 1993;
- S. ANTONELLI, *La proprietà e i suoi limiti*, in . Militeri (a cura di), *Itinerari schematici di diritto civile*, Napoli, 2008;
- S. ANTONELLI, *Questioni di fine vita tra Stati Uniti ed Europa*, in M. DE TILLA, L. MILITERI, U. VERONESI (a cura di), *Il testamento biologico, verso una proposta di legge*, Milano, 2007;
- L. ANTONINI, *Metodo della differenza versus metodo dell'uniformità*, in A. Mastromarino, J. Mà Castella Andreu, (a cura di), *Esperienze di regionalismo differenziato. Il caso italiano e quello spagnolo a confronto*, Milano, 2009;
- M. ARAMINI, *Introduzione alla bioetica*, Milano, 2009;
- M. ARE, *Interesse alla qualificazione e tutela della personalità*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1965;

- H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Milano, 1996;
- P. ARIES, *L'uomo e la morte dal medioevo ad oggi*, Bari, 1980;
- G. ARMOCIDA, E. BICHENO, B. FOX, *Storia della medicina*, Milano, 1993;
- A. AUTIERO, *Una morte più umana*, in *Famiglia oggi*, 33, 1988;
- E. BACCIARDI, *La tutela civile degli anziani alla luce dell'art. 25 della Carta di Nizza*, in *Nuova giur. civ.*, 2015;
- M. BALDINI, *William Harvey e le ricerche sul cuore nei secoli XVII e XVIII*, in *Il cuore. Dal circolo cosmico al trapianto*, Milano, 1997;
- J. BALINT, *The Doctor, his Patient and Illness Re – visited*, in *Journal of Balint Society*, Vol. 24, 1996;
- A. BARBAZZA, *Natura, contenuto e struttura dei diritti della personalità*, in S. RUSCICA (a cura di), *I diritti della personalità*, Assago, 2013;
- C. BARBIERI, P. RONCAROLI, F. LOCATELLI, *Il consenso del minore all'atto medico. Importanza dell'informazione e valenze terapeutiche anche alla luce di un caso clinico*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 5, 2003;
- F. BARDI, *Il dialogo terapeutico in Euripide*, in *Materiali e discussioni per l'analisi dei testi classici*, No. 50, 2003;
- P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953;
- P. BARILE, U. DE SIERVO, *Revisione della Costituzione*, in *Novissimo dig. it.*, XV, 1968;
- S. BARTOLOMMEI, *Corpo e cura di sé alla fine della vita: sulle “dichiarazioni anticipate di trattamento”*, in *Tendenze nuove*, 3, 2006;
- J. BAUBÉROT, *Le tante laicità del mondo. Per una geopolitica della laicità*, Roma, 2008;
- F. BENINCASA, *Partnership e fiducia nella relazione medico – paziente*, in *Psychomedia*, da [www.psychimedia.it](http://www.psychimedia.it);
- A. BENINI, *Eutanasia e testamento biologico in una società secolarizzata*, in *Iride*, 2, 2009;
- S. BERNI, *A caccia di libri proibiti: volume I: I nazi – fascisti e le scienze del terrore*, Macerata, 2008;

- M. BERTOLANI DEL RIO, *Gli ospedali di San Lazzaro lungo la via Emilia*, Atti del I Congresso europeo di storia ospitaliera, C.I.S.O., Reggio Emilia, 1962;
- E. BERTRANDT CATTINARI, G. BAROZZI REGGIANI, *Cura della salute e diritto amministrativo prestazionale. Al Consiglio di Stato l'ultima parola sul caso Eluana Englaro*, in *Bioetica rivista interdisciplinare*, Anno XXII, n. 3 – 4, dicembre 2014;
- C. M. BIANCA, *Diritto civile. Vol. 1: La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002;
- C. M. BIANCA, *Diritto civile. Vol. 3: Il contratto*, Milano, 2000;
- C. M. BIANCA, *La protezione giuridica del sofferente psichico*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I;
- C. M. BIANCA, *Premessa*, in S. Patti (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005;
- E. BICHENO, B. FOX, *Storia della medicina dall'antichità al Rinascimento*, Milano, 1993;
- R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale. Quindicesima edizione*, Torino, 2014;
- K. BINDING, A. HOCHÉ, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihre Mass und ihre Form*, Leipzig, 1920;
- A. BIZZARRO, *Problematiche di ordine etico e religioso*, in M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI, *Il testamento biologico, verso una proposta di legge*, Milano, 2007;
- E. R. BLACK, *War Against the Weak: Eugenics and America's Campaign to Create a Master Race*, Oshkosh, 2003;
- S. BLANCHARD, *Fin de vie: les insuffisances d'une loi*, in *Le Monde*, 5 aprile 2006;
- S. BLASI, *Le scelte di fine vita in Europa. La Francia*, in M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *Il testamento biologico, verso una proposta di legge*, Milano, 2007;
- N. BOBBIO, *Libertà*, in *Enciclopedia del Novecento (1978)*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it);
- G. BOCK, *Il nazionalsocialismo*, in G. DUBY, M. PERROT (a cura di), *Storia delle donne in Occidente. Vol. 5: Il Novecento*, Bari, 2011;
- G. BOGNETTI, *Diritti fondamentali nell'esperienza costituzionale*, in *Iustitia*, 1977;
- A. BOMPIANI, *Dignità della persona umana nella recente bioetica internazionale*, 2000, in [www.30giorni.it](http://www.30giorni.it);

- G. BONILINI, F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404 – 413*, in F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2008;
- G. BONILINI, *Testamento per la vita e amministrazione di sostegno*, in U. Veronesi (a cura di), *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006;
- P. BORSELLINO, *Bioetica tra "morali" e diritto*, Milano, 2009;
- P. BORSELLINO, *La sfida di una buona legge in materia di consenso informato e di volontà anticipata sulle cure*, in *BioLaw Journal*, 3, 2016;
- A. BRAVO, *Corpi senza diritti. L'invasione del potere totalitario*, in N. M. FILIPPINI, T. PLEBANI, A. SCATTIGNO, *Corpi e storia. Donne e uomini dal mondo antico all'età contemporanea*, Roma, 2011;
- M. BRESCIANI, *La rivoluzione perduta. Andrea Caffi nell'Europa del Novecento*, Bologna, 2009;
- C. BUCCELLI, N. CANNOVO, C. DONISI, *Aspetti normativi ed operativi delle sperimentazioni cliniche. Guida per le segreterie tecnico – scientifiche dei comitati etici*, Napoli, 2010;
- C. BUCCELLI, C. INDOLFI, P. IUS, *Il consenso informato in cardiologia e cardiocirurgia*, Roma, 2002;
- C. BUCCELLI, F. SBORDONE, *La sperimentazione post mortem*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Aspetti etici della sperimentazione biomedica. Evoluzione, criticità, prospettive*, Napoli, 2015;
- C. BUCCELLI, *L'attività sperimentale tra principi etici e deontologici*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Aspetti etici della sperimentazione biomedica. Evoluzione criticità, prospettive*, Napoli, 2015;
- C. BUCCELLI, *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013;
- C. BUCCELLI, *Medico e paziente. Tra medicina difensiva e appropriatezza dei trattamenti*, *Atti del convegno 1 – 2 – 3 dicembre 2011*, Napoli, 2012;
- G. BUFFONE, *La protezione giuridica dell'adulto incapace: l'anziano e l'amministrazione di sostegno*, in *Giur. merito*, fasc. 12, 2011;
- F. BUZZI, G. TASSI, *La "supremazia" dei giudici, la sudditanza della scienza medica e la cedevolezza della governance amministrativa e politica in materia di trattamenti sanitari impropriamente qualificati come "compassionevoli"*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 2, 2014;

- G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno. Gli ideali, le convinzioni, i modi di pensare nei loro rapporti col diritto*, Milano, 1996;
- E. CALÒ, *Il testamento biologico tra diritto e anomia*, Milano, 2008;
- N. CAMORETTO, *Testamento biologico e rispetto della dignità umana. Una prospettiva etico – clinica*, in *Biolaw Journal*, 3, 2016;
- C. CAMPIGLIO, *Il principio di non discriminazione genetica nella recente prassi internazionale*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI, *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber Fausto pocar*, Milano, 2009;
- E. CAPRINO, *Francia: l'approvazione della legge sulla fin de vie*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it);
- F. CAPUOZZO, *Problematiche di ordine etico e religioso*, in M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI, *Il testamento biologico, verso una proposta di legge*, Milano, 2007;
- C. CARACCIOLO, *La Cassazione si pronuncia sulla necessità della difesa tecnica nell'amministrazione di sostegno*, in *Fam. pers. succ.*, 6, 2007;
- A. E. CARDINALE, *Medicina araba. Una pagina trascurata della storia della sanità*, in *Nuova antologia*, 4, 2013;
- P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Torino, 2008;
- G. CAROBENE, *Dilemmi del fine vita nel confronto tra approccio scientifico e prospettiva religiosa (cattolica – protestante)*, in *Biolaw journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2016;
- D. CARUSI, *Consenso a cure palliative e ruolo dell'amministratore di sostegno. Quanto c'è bisogno di una legge sul "testamento biologico"*, in *Giur. it.*, 2, 2013;
- D. CARUSI, *Responsabilità del medico, diligenza professionale, inadeguata dotazione della struttura ospedaliera*, in *Giur. it.*, I, 1996;
- E. CARUSO, *L'assistenza nell'ordinamento tedesco*, in E. V. NAPOLI (a cura di), *Gli incapaci maggiorenni. Dall'interdizione all'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005;
- G. CASABURI, *La nuova disciplina della filiazione: gli obiettivi conseguiti e le prospettive (specie inaspettate) future*, in *Corriere merito*, 2013;
- M. CASALINI, *Famiglie comuniste. Ideologie e vita quotidiana nell'Italia degli anni Cinquanta*, Bologna, 2010;
- F. P. CASAVOLA, *Bioetica. Una rivoluzione postmoderna*, Roma, 2013;

- C. CASONATO, *Biodiritto: il difficile rapporto tra scienza e legge*, in *Unitn.*, Anno XIII, no. 125, agosto – settembre 2011, da [www.periodicounitn.unitn.it](http://www.periodicounitn.unitn.it);
- C. CASONATO, F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. III, Milano, 2011;
- C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Trento, 2006;
- C. CASONATO, *I percorsi evolutivi della sperimentazione umana: spunti per un'analisi comparata*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Aspetti etici della sperimentazione biomedica. Evoluzione criticità, prospettive*, Napoli, 2015;
- C. CASONATO, *Morte dignitosa e sospensione delle cure: ordinamenti giuridici a confronto*, in [www.jus.unitn.it](http://www.jus.unitn.it);
- C. CASONATO, *Un diritto difficile. Il caso Lambert fra necessità e rischi*, in *Nuova giur. civ.*, 2015, 9, 20489 ss.;
- S. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Bari, 2005;
- R. CATALANO, *La rilevanza delle dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario in Italia e in altri paesi: esperienze a confronto*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013;
- R. CATALANO, *Rinuncia e rifiuto della cura nella prospettiva del diritto all'identità personale*, in C. BUCCELLI, *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013;
- F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951;
- I. CARRASCO DE PAULA, N. COMORETTO, *Per una medicina centrata sul paziente*, in *Med. e Mor.*, 3, 2005;
- D. CARUSI, *Consenso a cure palliative e ruolo dell'amministratore di sostegno. Quanto c'è bisogno di una legge sul "testamento biologico"*, in *Giur. it.*, 2, 2013;
- D. CARUSI, *Per una deliberazione auto – esaminata. Idee per una legge sul "testamento biologico"*, in *Ragion pratica*, giugno 2012;
- D. CARUSI, *Responsabilità del medico, diligenza professionale, inadeguata dotazione della struttura ospedaliera*, in *Giur. it.*, I, 1996;
- G. CASABURI, *Le decisioni di fine vita: una prospettiva europea*, in *Corr. mer.*, fasc. 3, 2010;
- B. CASALINI, *Disporre in autonomia del proprio corpo disabile*, in *Il Mulino*, 4, 2017;

- C. CASONATO, *Fine vita. Il diritto all'autodeterminazione*, in *Il Mulino*, 4, 2017;
- C. CASONATO, *I percorsi evolutivi della sperimentazione umana: spunti per un'analisi comparata*, in C. Buccelli (a cura di), *Aspetti etici della sperimentazione biomedica. Evoluzione criticità, prospettive*, Napoli, 2015;
- C. CASONATO, *Morte dignitosa e sospensione delle cure, ordinamenti giuridici a confronto*, in [www.jus.unitn.it](http://www.jus.unitn.it);
- M. T. CATENA, *Corpo*, Napoli, 2006;
- P. CATTORINI, V. GHETTI, *La bioetica nelle facoltà di medicina*, Milano, 1997;
- I. CAVICCHI, *La clinica e la relazione*, Torino, 2004;
- M. CAVINA, *Andarsene al momento giusto. Culture dell'eutanasia nella storia europea*, Bologna, 2015;
- L. CAZZULLO, *Evoluzione della relazione medico – paziente in psichiatria*, in *La cà granda*, anno XLIII, n. 1;
- A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato), in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it);
- F. CEMBRANI, *La “Legge Balduzzi” e le pericolose derive di un drafting normativo che (forse) cambia l'abito alla responsabilità giuridica del professionista della salute*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2013;
- P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile, artt. 315 – 455. Potestà – Tutela dei minori – Amministrazione di sostegno – Alimenti – Atti dello stato civile*, Milano, 2009;
- P. CENDON, *Il prezzo della follia. Lesione della salute mentale e responsabilità civile*, Bologna, 1984;
- P. CENDON, *Infermi di mente e altri “disabili” in una proposta di riforma del codice civile*, in *Pol. dir.* 1987;
- P. CENDON, R. ROSSI, *L'amministrazione di sostegno va rafforzata, l'interdizione abrogata*, in *Politica del diritto*, a. XXXVIII, n. 3, settembre 2007;
- G. CERA, *Medicina difensiva e appropriatezza dei trattamenti in rapporto a nutrizione e idratazione nei malati cronici incapaci di intendere e di volere*, in C. BUCCELLI, *Medico e paziente. Tra medicina difensiva e appropriatezza dei trattamenti, Atti del convegno 1 – 2 – 3 dicembre 2011*, Napoli, 2012;
- M. CHARLESWORTH, *L'etica della vita. I dilemmi della bioetica in una società liberale*, Roma 1996;



- L. CHIEFFI, *Ambiti di tutela costituzionale e sviluppi interpretativi del diritto del malato al governo del proprio corpo*, in C. BUCCELLI, *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013;
- L. CHIEFFI, *Per una disciplina uniforme a livello europeo della sperimentazione clinica*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Aspetti etici della sperimentazione biomedica. Evoluzione criticità, prospettive*, Napoli, 2015;
- G. CHINÈ, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile. Seconda edizione*, Roma, 2011;
- G. CHINÈ, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile. Quarta edizione*, Roma, 2013;
- G. CHINÈ, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile. Settima edizione*, Roma, 2016;
- G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969;
- L. CIMETTI, *Sperimentazioni mediche*, in [www.ospitiweb.indire.it](http://www.ospitiweb.indire.it);
- G. COLACINO, *La l. 9 gennaio 2004 n. 6 ed il nuovo statuto di protezione dei soggetti “deboli”*, in *Dir. famiglia*, fasc. 4, 2005;
- G. COLETTA, *Le difficoltà del dibattito bioetico e la necessità di una legislazione caratterizzata dal rispetto delle scelte individuali*, in L. CHIEFFI, P. GIUSTINIANI, *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, Torino, 2010;
- N. COMORETTO, *Testamento biologico e rispetto della dignità umana. Una prospettiva etico-clinica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2016;
- M. COMPORTI, C. LORÈ, *Decisione medica e diritti del malato: l’informazione e il consenso*, in *Federazione medica*, n. 6, 1984;
- F. CONTALDO, *La nutrizione ai confini della vita. Riflessioni dal caso Terri Schiavo: ovvero tra etica delle comunità ed etica degli individui*, Napoli, 2006;
- R. CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it);
- G. CORBELLINI, *Codice di Norimberga*, in *Enciclopedia della Scienza e della Tecnica*, da [www.treccani.it](http://www.treccani.it);
- G. CORBELLINI, *Convenzione di Oviedo*, in *Enciclopedia della Scienza e della Tecnica*, da [www.treccani.it](http://www.treccani.it);
- G. CORBELLINI, *Dichiarazione di Helsinki*, in *Enciclopedia della Scienza e della Tecnica*, da [www.treccani.it](http://www.treccani.it);
- A. CORDIANO, *Il disegno di legge sul testamento biologico: l’autodeterminazione mancata e alcune antinomie sistematiche*, in *Nuova giur. civ.*, 9, 2009;

- A. CORDIANO, *L'esercizio delle situazioni esistenziali del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, in *Dir. famiglia*, fasc. 4, 2011;
- S. CORTESE, *Il ruolo della famiglia legittima e di fatto nelle scelte di fine vita del congiunto*, in C. BUCCELLI, *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013;
- G. COSCIONI, *L'amministrazione di sostegno non presuppone lo stato di incapacità del beneficiario*, in *Fam. pers. succ.*, 10, 2009;
- G. COSMACINI, M. MENGHI, *Galeno e il galenismo. Scienza e idee della salute*, Milano, 2012;
- G. COSMACINI, *L'arte lunga: Storia della medicina dall'antichità ad oggi*, Roma – Bari, 2003;
- G. COSMACINI, Prefazione a B. M. ASSAEL, *Il favoloso innesto. Storia sociale della vaccinazione*, Roma – Bari, 1995;
- G. COSMACINI, *Storia della medicina e della sanità in Italia. Dalla peste europea alla guerra mondiale. 1348 – 1918*, Roma – Bari, 1988;
- G. COSMACINI, *Storia della medicina e della sanità in Italia: dalla peste nera ai giorni nostri*, Roma, 2005;
- M. COSTANZA, *La tutela degli anziani non autosufficienti. Problemi di capacità e strutture protette*, in *Dir. fam. e pers.*, 1988;
- A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico – chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955;
- C. CRISCIANI, *'Infirmitas', terapia spirituale e medicina*, in AA. VV., *La scienza bizantina e latina: la nascita di una scienza europea. Aspetti etici e sociali della medicina*, da [www.treccani.it/enciclopedia](http://www.treccani.it/enciclopedia);
- C. CRISCIANI, *La scienza bizantina e latina: la nascita di una scienza europea. Aspetti etici e sociali della medicina*, in [www.treccani.it/enciclopedia](http://www.treccani.it/enciclopedia);
- C. CUPELLI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai principi alla legge?*, in *Cass. pen.*, 6, 2017;
- P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983, 145 ss.;
- F. D'AGOSTINO, *Bioetica*, Torino, 1998;
- F. DAL CANTO, S. PANIZZA, *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo, Volume I*, Torino, 2011;

- A. D'ALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della "fine della vita"*, in *Politica del diritto*, 4, XXIX, 1998;
- A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Diritto dell'Unione Europea (II)*, fasc. 1, 2014;
- F. DANOVÌ, *L'affidamento condiviso: le tutele processuali*, in *Dir. famiglia*, fasc. 4, 2007;
- E. D'ANTUONO, *Bioetica*, Napoli, 2007;
- E. D'ANTUONO, *L'accanimento terapeutico. Note per un'analisi delle questioni bioetiche di fine vita*, in C. BUCCELLI, *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013;
- L. D'AVACK, *Scelte di fine vita*, in U. Veronesi (a cura di), *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006;
- L. D'AVACK, *Verso un antidestino. Biotecnologie e scelte di vita*, Torino, 2009;
- D. D'AVANZO, *Etica sanitaria*, Milano, 1987, 92 – 93;
- S. DE BELLIS, *Riflessioni sui crimini contro l'umanità*, in A. TARANTINO, R. ROCCO (a cura di), *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione. Atti del simposio internazionale. Lecce, 5 – 6 – 7 dicembre 1997*, Milano, 1998;
- A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, 2, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol. IV, Milano, 1961, 28;
- A. DE CUPIS, *Teoria e pratica del diritto civile*, Milano, 1955;
- C. A. DEFANTI, *La qualità della vita, le decisioni mediche di fine vita e l'argomento della "deriva nazista" in bioetica*, in *Filosofia politica*, XXIII, 3, 2009;
- C. A. DEFANTI, *Vivo o morto? La storia della morte nella medicina moderna*, Milano, 1999;
- F. DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 1939;
- V. DE GRAZIA, *Le donne nel regime fascista*, Venezia, 1993;
- A. DEL GIUDICE, *La filiazione prima e dopo la riforma*, in, *Dir. fam. e pers.*, fasc. 1, 2014;
- F. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto costituzionale*, Napoli, 2015;
- R. DELL'ORO, *Il rapporto medico – paziente: una descrizione fenomenologica*, in M. GENSABELLA FURNARI, *Alle frontiere della vita. Eutanasia ed etica del morire vol. 2*, Catanzaro, 2001;

- M. DELMAS – MARTY, *La refondation des pouvoirs*, Parigi, 2007;
- R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995;
- R. DE MEO, *La tutela del minore e del suo interesse nella cultura giuridica italiana ed europea*, in *Dir. famiglia*, fasc. 1, 2012;
- F. DE SANCTIS, *Riflessioni sull'homo dignus*, in *Riv. crit. dir. priv.*, XXIX, 1, 2011;
- A. DE SANTIS, *Il sigillo delle Sezioni Unite sul caso Thyssenkrupp*, in *Altalex – Esami e concorsi*, 1, 2015;
- A. DE SANTIS, *La colpa medica alla luce della legge Gelli-Bianco*, in *Studium iuris*, 7-8, 2017;
- A. DE SANTIS, *La fecondazione eterologa nel quadro legislativo e giurisprudenziale italiano*, in M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI, *Fecondazione eterologa*, Milano, 2015;
- A. DE SANTIS, *L'amministrazione di sostegno*, in *Spiaaldiritto*, 6/2013, da [www.spiaaldiritto.it](http://www.spiaaldiritto.it);
- A. DE SANTIS, *La responsabilità penale medica ed il rapporto con il paziente alla luce della Legge Gelli-Bianco: storia di una difficile relazione*, in *Studium iuris*, in corso di pubblicazione...
- A. DE SANTIS, *L'esercizio dell'attività medico chirurgica necessaria ed urgente nei confronti del paziente dissenziente: il caso Welby*, in *Spiaaldiritto*, 2013, da [www.spiaaldiritto.it](http://www.spiaaldiritto.it);
- A. DE SANTIS, *Portata operativa dell'art. 3, L. 189/2012: il concetto di "colpa lieve" secondo Cass. pen., n. 16237/2013*, in *Spiaaldiritto*, 2013, da [www.spiaaldiritto.it](http://www.spiaaldiritto.it);
- M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI, *Il testamento biologico, verso una proposta di legge*, Milano, 2007;
- M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI, *La parola al paziente. Il consenso informato e il rifiuto delle cure*, Milano, 2008;
- G. DE VINCENTIIS, G. ZANGANI, *Metodologia generale dell'accertamento tecnico della responsabilità professionale nell'ambito delle discipline medico – chirurgiche*, Atti del XXI Congresso Nazionale della Società Italiana di Medicina Legale e delle Assicurazioni, Milano, 1968;
- G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non su i diritti) nella fecondazione assistita*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it);

- R. DI LANDRO, *Le novità normative in tema di colpa penale (legge n. 189/2012, c.d. "Balduzzi")*. *Le indicazioni del diritto comparato*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2013;
- M. DI MASI, *Fine vita: vecchi e nuovi paradigmi a confronto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 2010;
- P. DONATELLI, *Paternalismo*, in E. LECALDANO (a cura di), *Dizionario di bioetica*, Roma – Bari, 2002;
- A. DONATI, *Stoicismo e antistoricismo nella formazione del giurista*, in *Jus*, 1998;
- F. DOSTOEVSKIJ, *Delitto e castigo*, in *Russkij Vestnik*, 1866, tra. it. di C. G. De Michelis, Roma, 2012;
- J. DOWNIE, *The contested lesson of euthanasia in the Netherlands*, in *Health Law Journal*, fasc. 8, 2000;
- G. DWORKIN, *Paternalism*, in R. E. SARTORIUS (a cura di), *Paternalism* Minneapolis, 1983;
- G. DWORKIN, G. FREY, S. BOK, *Eutanasia e suicidio assistito. Pro e contro*, Torino, 2001;
- R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982
- R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, trad. it. di C. Bagnoli, Milano, 1994;
- R. DWORKIN, *Virtù sovrana. Teoria dell'eguaglianza*, trad. it. di G. BETTINI, Milano, 2002;
- H. T. ENGELHARDT, *Manuale di bioetica, II ed.*, Milano, 1999;
- R. ELEFANTE, *Medical futility. Profili etico-deontologici e giuridici*, Napoli, 2008;
- L. EUSEBI, *Introduzione al focus (I). Menomazioni gravi della salute: "diritto di vivere" o "diritto di morire"? Questioni aperte circa le dichiarazioni di rifiuto delle terapie*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 2, 2014;
- R. J. EVANS, *La nascita del Terzo Reich*, Milano, 2006;
- L. FACCINI, *Storia sociale e storia della medicina*, in *Studi Storici*, Anno 17, No. 2, 1976;
- M. FACCIOLO, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (cd. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici*, in *Studium iuris*, 7-8, 2017;
- S. FALZOI, *Il potere paternalistico: una questione di interesse politico e bioetico*, in *Bioetica rivista interdisciplinare*, Anno XXII, n. 3 4/2014;

- E. FASSONE, *Una Costituzione amica*, Milano, 2012;
- N. FAZIO, *L'affido condiviso*, in *Giust. civ.*, fasc. 6, 2006;
- L. FERRAJOLI, *Ipotesi per una democrazia cosmopolitica*, in G. CAZZANIGA, *Metamorfosi della sovranità tra Stato nazionale e ordinamenti giuridici mondiali*, Pisa, 1999;
- G. FERRANDO, *Amministratore di sostegno e rifiuto di cure*, in *Fam. e dir.*, 2009;
- G. FERRANDO, voce *Testamento biologico* [Annali VII, 2014], in *Enciclopedia del diritto*, Biblioteca Giuffrè, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it);
- F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921;
- R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. V, Milano, 2011;
- R. FERRARA, *Salute e sanità*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011;
- A. FICORILLI, *La relazione di fiducia. Un approccio bioetico alle questioni di cura*, Firenze, 2014;
- P. FIMIANI, *Amministrazione di sostegno e testamento biologico*, in *Giust. civ.*, fasc. 2, 2010;
- M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma – Bari, 2009;
- M. FIORINI, *Autonomia privata e affidamento condiviso*, in *Riv. notariato*, fasc. 1, 2007;
- C. FLAMIGNI, M. MENGARELLI, *Nelle mani del dottore? Il racconto e il possibile futuro di una difficile relazione*, Milano, 2014;
- G. M. FLICK, *A proposito di testamento biologico: spunti per una discussione*, in *Pol. dir.*, 4, 2009;
- M. FOUCAULT, *Nascita della clinica. Il ruolo della medicina nella costituzione delle scienze umane*, Torino, 1969;
- P. FRANZINI, *Pensare la medicina*, Milano, 2001;
- M. FRANZONI, *Il professionista e criteri per l'accertamento della responsabilità*, in *Contratto e impresa*, 3, 2015;

- G. FRALLICCIARDI, *L'amministrazione di sostegno quale strumento di disposizione della futura incapacità*, in M. SANTISE (a cura di), *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Torino, 2014;
- P. FRASCANI, *Il medico nell'Ottocento*, in *Studi Storici*, Anno 23, No. 3, 1982;
- M. FUSCO, *La bioetica italiana tra l'incudine della politica ed il martello della magistratura*, in L. CHIEFFI, P. GIUSTINIANI, *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, Torino, 2010;
- H. G. GADAMER, *Dove si nasconde la salute*, ed. it. a cura di A. GRIECO, V. LINGIARDI, Milano, 1993;
- A. GAGLIARDI, *Biotestamento, protesta dei parroci con campane a morto*, in [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com), 21 aprile 2017;
- G. GALILEI, *Il saggiaiore*, in L. SOSIO (a cura di), Milano, 1965;
- C. GALLI, *All'insegna del Leviatano. Potenza e destino del progetto politico moderno*, introduzione a T. HOBBS, *Il Leviatano*, trad. it. di G. Micheli, Milano, 2011;
- C. GALLIGANI, *Repubblica, democrazia, costituzioni nella società civile e nello Stato*, Roma, 2005;
- J. M. GALVAN, *Eutanasia e coerenza cristiana*, in *Uomini e idee*, 7, 2000;
- R. GARLAND THOMSON, *Extraordinary bodies: figuring physical disability in american culture and literature*, New York, 1997;
- R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, 2011;
- R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo, V Edizione*, Roma, 2012;
- S. GASTALDI, M. VEGETTI, *Studi di storia della medicina antica e medioevale: in memoria di Paola Manuli*, Firenze, 1996;
- F. GAZZONI, *Continua la crociata para – metafisica dei giudici missionari della cd. "morte dignitosa"*, in *Dir. fam. pers.*, fasc. 1, 2009;
- G. GENNARI, *La via giurisprudenziale al testamento biologico?*, nota a margine di *Trib. Modena*, *decr. 13 maggio 2008*, in *Resp. civ. prev.*, 2008;
- M. E. GENNUSA, L. VIOLINI, *Dignità umana e diritto alla vita*, in P. GIANNITI (a cura di), *I diritti fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, 2009;

- M. GENSABELLA FURNARI (a cura di), *Il paziente, il medico e l'arte della cura*, Catanzaro, 2005;
- C. GHISALBERTI, *Dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana. Spunti per una riflessione*, in S. ROGARI, *Dal 1848 al 1948: Dagli Statuti alla Costituzione Repubblicana: Transizioni a confronto. Atti del convegno di studi di Firenze, 11 – 12 dicembre 2008*, Firenze, 2010;
- G. GIACOBBE, *L'identità personale tra dottrina e giurisprudenza. Diritto sostanziale e strumenti di tutela*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983;
- G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana ed il cd. “ diritto alla riservatezza ”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 1958;
- G. GIARELLI, E. VENNERI, *Sociologia della salute e della medicina. Manuale per le professioni mediche, sanitarie e sociali*, collana *Salute e società*, Milano, 2010;
- R. GIOVAGNOLI, *Approfondimenti per il concorso in magistratura*, no. 3, 2015;
- F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001;
- P. GIUSTINIANI, *Davvero tutto finito? Riflessioni bioetiche sull'uscita dalla vita umana*, in L. CHIEFFI, P. GIUSTINIANI, *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, Torino, 2010;
- G. GLIATTA, *Prime applicazioni giurisprudenziali dell'amministrazione di sostegno*, in *Fam. pers. succ.*, 7, 2007;
- A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, in *Europa e dir. priv.*, fasc. 2, 2012;
- A. GORGONI, *I nuovi rimedi a tutela delle persone prive di autonomia*, in *Obbl e contr.*, 7, 2008;
- M. GORGONI, *Colpa lieve per inosservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, fasc. 1, 2015;
- D. GOUREVITCH, *Le triangole hippocratique dans le monde gréco – romain: le malade, sa maladie et son médecine*, Roma, 1984;
- S. GREGORY, *Medico paziente: un rapporto in crisi*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it);
- F. GRISPIGNI, *La responsabilità penale per il trattamento medico – chirurgico “arbitrario ”*, in *Sc. pos.*, 1914;



- P. GROSSI, *Crisi della legge e processi di globalizzazione*, in *Quaderni del dottorato di ricerca in diritto ed economia*, Napoli, 2004;
- A. GUARNIERI, *Profili giuridici della fine della vita umana*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc. 9, 2009;
- F. GUMA, *Teorie del benessere*, in *Bioetica rivista interdisciplinare*, Anno XXII, n. 3 – 4, dicembre 2014;
- W. HARVEY, *Opere*, F. ALESSIO (a cura di), Torino, 1963;
- R. HOLLOWAY, *Una morale senza Dio. Per tener fuori la religione dall'etica*, Milano, 2001;
- L. HUOBER, *Analisi degli aspetti storici, etici e normativi delle Dichiarazioni universali nel campo della Bioetica*, 2008, in [www.fedeo.unina.it](http://www.fedeo.unina.it);
- G. IADECOLA, *La rilevanza del consenso del paziente nel trattamento medico – chirurgico*, in *Riv. di medicina legale*, 1986;
- G. IADECOLA, *Qualche riflessione sul piano giuridico e deontologico a margine del “caso Welby”*, in *Giur. merito*, fasc. 4, 2007;
- M. IMMACOLATO, M. MORI, *Comitati etici per la sperimentazione: storia, funzioni, problemi*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. III, Milano, 2011;
- D. INFANTINO, *Direttive anticipate e amministrazione di sostegno*, in *Nuova Giur. Civ.*, 6, 2011;
- R. HOLLOWAY, *Una morale senza Dio. Per tener fuori la religione dall'etica*, Milano, 2001;
- H. JONAS, *Il diritto di morire*, Genova, 1991;
- H. JONAS, *Il principio responsabilità*, Torino, 1990;
- I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. it. di F. GONNELLI, Bari, 1997;
- H. Kelsen, *La democrazia*, trad. it. di M. BARBERIS, Bologna, 1998;
- H. KUNG, W. JENS, *Della dignità del morire*, Milano, 1996;
- W. KYMLICKA, *Liberalism and Communitarism*, in *Canadian journal of Philosophy*, 18, 1988;
- E. LECALDANO, *I desideri individuali e l'etica, ?*, in *Bioetica rivista interdisciplinare*, fasc. 2, 2012;
- J. LE GOFF, *Il corpo nel medioevo*, trad. it. di F. Cataldi Villari, Bari 2005;

- J. LE GOFF, *Osservazioni su corpo e ideologia nell'Occidente medioevale*, in F. MAIELLO (a cura di), *Il meraviglioso e il quotidiano nell'Occidente medioevale*, Roma – Bari, 2002;
- L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI, I diritti in medicina, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011;
- D. LENZI, *Consenso informato e DAT. Riprende il cammino parlamentare*, in *Biolaw Journal – Rivista di biodiritto*, 3, 2016;
- A. LEONE, G. SANGERMANO, *La medicina nel medioevo: la Schola salernitana e altre: atti della giornata di studio (Salerno 1 giugno 2002)*, Salerno, 2006;
- S. LESSONA, *La tutela della salute pubblica*, in P. Calamandrei, A. Levi (diretto da), *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, vol. I, Firenze 1950;
- C. LEVI, *Cristo si è fermato a Eboli*, Torino, 2003;
- P. LEVI, *I sommersi e i salvati*, Einaudi, Torino 1986;
- G. LISSA, *Un'etica della responsabilità per i processi di fine vita*, in C. Buccelli, *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013;
- A. LOIODICE, *Il rispetto dei diritti umani come limite di ogni regime*, in A. TARANTINO, R. ROCCO (a cura di), *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione. Atti del simposio internazionale. Lecce, 5 – 6 – 7 dicembre 1997*, Milano, 1998;
- O. LOPES PEGNA, *Riforma della filiazione e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. inter.*, fasc. 2, 2014;
- G. LUCCHETTI, D. MASINI, F. MATTIOLI, *Spunti per un'indagine sull'eutanasia nel mondo antico*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, Torino, 2003;
- A. MACCARO, M. MILITERNI, *Famiglia contemporanea tra biodiritto e bioetica. Interstizi tra prospettive laiche e cristianità*, Napoli, 2016;
- L. MACCHIARELLI, P. ARBARELLO, G. CAVE BONDI, N. M. DE LUCA, T. FEOLA, *Compendio di medicina legale*, Torino, 1998;
- K. MAJDANSKI, *Gli esperimenti sull'uomo, una storia vissuta*, in A. TARANTINO, R. ROCCO (a cura di), *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione. Atti del simposio internazionale. Lecce, 5 – 6 – 7 dicembre 1997*, Milano, 1998;
- M. T. MALATO, *Storia della medicina. Dalle origini ad oggi*, Roma, 2014;

- L. MALERBA, *Il rapporto medico – paziente: aspetti sociali e bioetici*, in *Interconoscenza – Rivista di psicologia, psicoterapia e scienze cognitive*, Vol. 5, Num., 1 – 2, 2007;
- V. MALLARDI, *Le origini del consenso informato*, in *Acta Otorhinolaryngol*, Ital 25, 2005;
- R. MANFRELOTTO, *Autodeterminazione e funzione pubblica. La Legge n. 180 del 1978 nella prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, in L. CHIEFFI, P. GIUSTINIANI, *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, Torino, 2010;
- T. MANN, *Le storie di Giacobbe*, trad. it. di B. Arzeni, Milano, 1963;
- A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico – chirurgico*, Milano, 1984, 13 ss.;
- F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2001;
- P. E. MANULI, *Storia della Medicina Antica e dell'Epistemologia delle Scienze Umane. Galeno e lo Stoicismo*, in *Magazzino di filosofia*, fasc. 10, 2003;
- R. MARCHESINI, *Bioetica e Biotecnologie. Questioni morali nell'era biotech*, Bologna 2002;
- M. R. MARELLA, *La protezione giuridica dell'infermo di mente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991;
- V. MARZOCCO, *Ai limiti della coscienza. Le neuroscienze rivoluzionano il diritto di fine vita?*, in C. BUCCELLI, *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013;
- V. MARZOCCO, *La sperimentazione sul proprio corpo tra profili giuridici dell'appartenenza e dignità della persona*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Aspetti etici della sperimentazione biomedica. Evoluzione, criticità, prospettive*, Napoli, 2015;
- F. MASCOLO, G. MARCOZ, *L'amministrazione di sostegno e l'impianto complessivo del codice civile*, in *Riv. notariato*, fasc. 6, 2005;
- R. MASONI, *Un decennio di amministrazione di sostegno: nuove esigenze e nuove risposte*, in *Dir. fam. pers.*, fasc. 3, 2014;
- M. MASSA, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 1, 2013;
- P. MAZZARELLO, *Rapporto terapeutico in occidente: profili storici*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. III, Milano, 2011;
- W. H. MC NEILL, *La peste nera nella storia. Epidemie, morbi e contagio dall'antichità all'età contemporanea*, trad. it. di L. COMOGLIO, Torino, 1981;

- M. MERLEU PONTY, *Fenomenologia della percezione*, Milano, 2009;
- J. S. MILL, *On liberty*, trad. it., *La libertà. L'utilitarismo. L'asservimento delle donne*, Milano, 1999;
- L. MILONE, *Il testamento biologico (living will)*, in *Vita notarile*, 1997;
- D. MINUTELLI, *L'eutanasia ed il suicidio assistito: aspetti etici e giuridici*, in C. BUCCELLI, *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013;
- G. MIOTTO, *Problematiche, attualità e prospettive delle dichiarazioni anticipate di volontà tra diritto vivente e proposte legislative*, in *Fam. Pers. Succ.*, 7, 2012;
- F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari “non obbligatori” e Costituzione*, in *Dir. e soc.*, 1982;
- G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico paziente: consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008;
- R. MONTINARO, *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, in *Fam. pers. succ.*, 2010;
- A. MORACE PINELLI, *Libertà di curarsi e rilevanza delle decisioni di fine vita*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2011;
- A. MORACE PINELLI, *Tutela della famiglia e dei soggetti deboli mediante la destinazione allo scopo*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2013;
- D. MORELLO DI GIOVANNI, *La tutela dei soggetti deboli nell'amministrazione di sostegno*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XXXVI, n. 2, dicembre 2006;
- M. MORI, *Il caso Eluana Englaro*, Bologna, 2008; cfr. anche Id., *Fascicolo speciale su Eluana Englaro*, in *Bioetica rivista interdisciplinare*, XVII, n. 1-2, 2009;
- M. MORI, *Manuale di bioetica. Verso una civiltà biomedica secolarizzata*, Firenze, 2011;
- M. MORI, *Modernità, diritti umani e bioetica: a che punto è l'Italia?*, in *Bioetica rivista interdisciplinare*, fasc. 2, 2012;
- P. MORROZZO DELLA ROCCA, *Capacità di volere e rifiuto delle cure*, in *Europa e diritto privato*, fasc. 2, 2014;
- G. MORTARA, *La salute pubblica in Italia durante e dopo la guerra*, Bari, 1925;
- C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. infort. mal. prof.*, 1961, I;

- A. MUSI, *La disciplina del corpo. Le Arti Mediche e Paramediche nel Mezzogiorno moderno*, Napoli, 2011, 9;
- E. MUSI, *La protezione dell'incapace – L'amministrazione di sostegno*, in L. MILITERNI (a cura di), *Itinerari schematici di diritto civile*, Napoli, 2008;
- U. G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania, Italia*, Milano, 1989, 125 ss.;
- S. NAPOLITANI, *L'amministratore di sostegno e la pianificazione anticipata delle cure mediche*, in *Fam. pers. succ.*, 2010;
- D. NERI, *Il diritto di decidere la propria fine*, in S. Rodotà, P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. II, Milano, 2011;
- A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine – vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Europa e dir. priv.*, fasc. 2, 2013;
- M. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana*, trad. it. di E. GREBLO, Bologna, 2002;
- M. NUZZO, *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, in AA.VV., *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645 ter c.c.*, Milano, 2006;
- G. OBERTO, *La tutela dei diritti fondamentali nella Carte costituzionali, ovvero nel difficile dialogo tra carte e corti*, Testo accompagnatorio della relazione presentata all'incontro di studio sul tema: «Il ruolo delle Corti europee e del giudice nazionale nella protezione dei diritti fondamentali», organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Nona Commissione - Tirocinio e Formazione Professionale, svoltosi a Roma dal 17 al 21 settembre 2012, in *Dir. famiglia*, fasc. 1, 2013;
- A. ODDENINO, *Profili internazionali ed europei del diritto alla salute*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. V, Milano, 2011;
- A. M. OFFIDANI, *La capacità elettorale politica*, Torino, 1953;
- V. OMAGGIO, *Individuo, persona e costituzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, fasc. 1, 2014;
- G. OPPO, *Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008;
- V. OTTONELLI, *Il corpo come soggetto di diritti*, in *Il Mulino*, 4, 2017.
- M. PALADINI, *Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella cd. legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 10, 2015;
- E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Padova, 2000;

- M. PALMARO, *Il totalitarismo e i diritti umani: quale rapporto con la bioetica*, 2000;
- E. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2008;
- C. PARDINI, *Scelte di fine vita e amministrazione di sostegno: problemi aperti*, in *Nuova giur. civ.*, 4, 2017;
- T. PASQUINO, *Dignità della persona e diritti del malato*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. III, Milano, 2011;
- S. PATTI, *Disposizioni di fine vita: la legge tedesca*, in *Fam., pers. e succ.*, 2009;
- S. PATTI, *L'autonomia decisionale della persona alla fine della vita*, in U. Veronesi (a cura di), *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006;
- M. PELLING, *Cholera, Fever and English Medicine 1825 – 1865*, Oxford, 1978;
- C. PENNACCHIO, *Storia breve di poche idee di salute, malattia, medicinali e architetti nelle fonti e nella letteratura non medica*, Napoli, 2012;
- F. PENSA, *Legittimazione dell'attività medica*, in M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI, *Il testamento biologico, verso una proposta di legge*, Milano, 2007;
- T. PERCIVAL, *Medical Ethics: Or, a Code of Institutes and Precepts, Adapted to the professional conduct of physicians and surgeons*, Manchester, 1803;
- M. PERIN, *Valorizzare la dignità della persona nelle “norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”*, in *Biolaw journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2017;
- C. PERLINGIERI, *Amministrazione di sostegno e neuroscienze*, in *Riv. dir. civ.*, 2015;
- P. PERLINGIERI, *Brevi riflessioni sul rispetto dei diritti*, in A. TARANTINO, R. ROCCO (a cura di), *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione. Atti del simposio internazionale. Lecce, 5 – 6 – 7 dicembre 1997*, Milano, 1998;
- P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli 1987;
- P. PERLINGIERI, *Profili del diritto civile*, Napoli, 1994;
- F. E. PEROZZIELLO, *Il rapporto tra medico e paziente*, in [www.filosofia-medicina.net](http://www.filosofia-medicina.net);
- F. E. PEROZZIELLO, *La Medicina e il Nazismo*, in [www.filosofia-medicina.net](http://www.filosofia-medicina.net);
- R. PESCARA, *I provvedimenti di interdizione e inabilitazione e le tecniche protettive dei maggiorenni incapaci*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Vol. 4, Torino, 1982;

- B. PETROCELLI, *Il consenso del paziente nell'attività medico – chirurgica*, in *Annali*, 1932;
- C. PEZZIMENTI, *La responsabilità penale tra linee guida e colpa “non lieve”*. *Un'analisi critica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1, 2015;
- C. PICIOCCHI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento: dare “forma al vuoto” in attesa di una legge*, in *Riv. Aic*, 2, 2016;
- C. PICIOCCHI, *Libertà individuale e progresso scientifico*, in *Bioetica rivista interdisciplinare*, fasc. 2, 2012;
- M. PINI, *Incapacità naturale, interdizione e inabilitazione: commento alla disciplina vigente e al progetto di legge in materia di amministrazione di sostegno*, Milano, 2003;
- G. PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003;
- A. PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. 1, 2011;
- A. PIZZORUSSO, *Una Costituzione “ottriata”*, in E. PACIOTTI (a cura di), *La Costituzione europea. Luci ed ombre*, Roma, 2003;
- PLATONE, *Tutti gli scritti*, G. REALE (a cura di), Milano, 1991;
- G. POPOLO, *Testamento biologico ed eutanasia: i limiti contenutistici*, in M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI, *Il testamento biologico, verso una proposta di legge*, Milano, 2007;
- M. PORCELLI, *La responsabilità genitoriale alla luce delle recenti modifiche introdotte dalla legge di riforma della filiazione*, in *Dir. fam. e pers.*, fasc. 4, 2014;
- R. PORTER, *Blood and guts*, Londra, 2003;
- V. POSSENTI, *Bioetica, relativismo etico e diritti fondamentali dell'uomo*, in [www.portaledibioetica.it](http://www.portaledibioetica.it);
- D. PRETI, *La lotta antitubercolare nell'Italia fascista*, in R. ROMANO, C. VIVANTI (a cura di), *Storia d'Italia, Annali*, Vol. VII, Torino, 1984;
- D. PROVOLO, *Le direttive anticipate: profili penali e prospettiva comparatistica*, in S. Rodotà, P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. I, Milano, 2011;
- R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010;
- F. PUCCINOTTI, *Storia della medicina. Volume primo. Medicina antica*, Livorno, 1850;
- F. PUCCINOTTI, *Storia della medicina. Volume terzo. Medicina moderna*, Prato, 1866;

- G. PUGLIESE, *Il diritto alla “riservatezza” nel quadro dei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 1963;
- F. PUZZO, *Progresso bio – tecnologico, personalismo costituzionale e diritto alla vita*, in AA.VV., *Costituzione, Economia, Globalizzazione*, Napoli, 2013;
- R. QUADRI, *L’art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr. e impr.*, 2006;
- P. RAMSEY, *Basic Christian Ethics*, New York, 1950;
- A. RANDAZZO, *Alla ricerca di una tutela più intensa dei diritti fondamentali attraverso il “dialogo” tra le Corti*, in F. DAL CANTO, E. ROSSI (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Torino, 2011;
- A. RAVÀ, *I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto*, in *Riv. it. scienze giur.*, Vol. XXXI, 1901;
- M. RAVENNA, *Carnefici e vittime. Le radici psicologiche della Shoah e delle atrocità sociali*, Bologna, 2004;
- G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014;
- W. T. REICH, *L’idea di simpatia: la sua importanza per la pratica e l’etica della medicina*, in M. G. FURNARI, *Il paziente, il medico e l’arte della cura*, Soveria Mannelli, 2005;
- G. U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l’art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2008;
- G. RESTA, *Dignità e autodeterminazione nelle scelte di fine vita: il Bundesgerichtshof espande la frontiera dei diritti fondamentali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010;
- G. RESTA, *Diritti della personalità: problemi e prospettive*, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, XXIII, Fasc. 6, 2007;
- A. RIDOLFI, *Rifiuto delle terapie mediche e testamento biologico in Italia: aspetti problematici e spunti critici*, in *Pol. dir.*, 4, 2011;
- R. RIZ, *Il consenso dell’avente diritto*, Padova, 1979;
- S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012;
- S. RODOTÀ, *La rivoluzione della dignità*, Napoli, 2013;
- S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006.
- S. RODOTÀ, *Perché laico*, Bari, 2009;



- S. RODOTÀ, *Se la legge regola la vita e la morte*, in *La Repubblica*, 18 settembre 2008;
- U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004;
- E. ROSSI, *La Carta europea dei diritti e l'espansione del diritto giurisprudenziale*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAITTA, G. SILVESTRI (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003;
- E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, No. 4/2011;
- F. RUGGIERO, *Il consenso dell'avente diritto nel trattamento medico – chirurgico: prospettive di riforma*, in *Riv. it. Med. Leg.*, 1996;
- J. C. RUSSELL, *La popolazione europea dal 400 al 1500*, in C. M. CIPOLLA (a cura di), *Storia economica d'Europa*, Vol. I, Torino, 1973;
- T. SACCHERI, *Salute: persona e relazione*, in *Studi di Sociologia*, Anno 46, Fasc. 4;
- A. SALOMONI, *Il pane quotidiano. Ideologia e congiuntura nella Russia sovietica*, Bologna, 2001;
- M. SALVATI, *Dal Tribunale di Norimberga alla tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Passato e presente: Rivista di storia contemporanea*, Fasc. 56, 2002;
- B. SALVATORE, *Il diritto all'autodeterminazione e le decisioni di fine vita in Italia: il ruolo dell'amministrazione di sostegno*, in C. BUCCELLI, *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013;
- A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Milano, 2001;
- A. SANTOSUOSSO, *Sperimentazioni di farmaci sull'uomo e diritto all'integrità della persona*, in *Questione giustizia: bimestrale promosso da Magistratura Democratica*, Fasc. 2, Milano, 2002;
- R. SAPIENZA, *La Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in *Riv. dir. inter.*, 1998;
- G. SASSO, *Sul Testamento biologico. Considerazioni e appunti*, in *La cultura*, 3, 2012;
- L. SAVARINO, *Bioetica cristiana e società secolare. Una lettura protestante delle questioni del fine vita*, Torino, 2012;
- A. SAVIGNANO, *Il rapporto medico – paziente e la medicina difensiva*, in C. BUCCELLI, *Medico e paziente. Tra medicina difensiva e appropriatezza dei trattamenti*, Atti del convegno 1 – 2 – 3 dicembre 2011, Napoli, 2012;

- G. SAVORANI, *Amministrazione di sostegno, designazione anticipata e testamento biologico*, in *Pol. dir.*, 4, 2011;
- A. SCALERA, *Direttive anticipate di trattamento e disabilità*, in *Fam. e dir.*, 4, 2013;
- V. SCALISI, *Il diritto civile nelle "prolusioni" del secondo Novecento*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, 3;
- A. SCHERMI, *Il diritto assoluto della personalità ed il rispetto della verità nella cronaca, nell'opera storiografica, nell'opera biografica e nell'opera narrativa di fantasia*, in *Giust. civ.*, 1966;
- L. SCHIEBINGER, *La sperimentazione umana. Sesso e razza nel XXVIII secolo*, in N. M. FILIPPINI, T. PLEBANI, A. SCATTIGNO, *Corpi e storia. Donne e uomini dal mondo antico all'età contemporanea*, Roma, 2011;
- H. SCHIPPERGES, *Il giardino della salute. La medicina nel medioevo*, trad. it. di A. MARTINI LICHTNER, Milano, 1988;
- J. C. SCHMITT, *Corpo e anima*, in J. LE GOFF, J. C. SCHMITT (a cura di), *Dizionario dell'Occidente medioevale*, Torino, 2003;
- H. SCOTT, *Sympathie als Metapher in der Medizinsgeschichte*, in *Wurzburger medizinhistorische Mitteilungen*, 10, 1992;
- R. SCUDERI, *Introduzione alla storia della medicina antica e moderna*. Venezia, 1796;
- E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica. Volume I. Fondamenti ed etica biomedica*, Milano, 1999;
- W. L. SHIRER, *Storia del Terzo Reich*, Torino, 2007;
- E. SHORTER, *La tormentata storia del rapporto medico paziente*, Milano;
- G. SILVESTRI, *La nascita della Costituzione italiana ed i suoi valori fondamentali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. 3, 2006;
- A. SIMONCINI, O. CARTER SNEAD, *Persone incapaci e decisioni di fine vita (con uno sguardo oltreoceano)*, in *Quaderni costituzionali*, XXX, 1, 2010;
- P. SINGER, *Scritti su una vita etica. Le idee che hanno messo in discussione la nostra morale*, Milano, 2004;
- P. SOBBRIO, *Il rapporto medico paziente alla luce del parere del CNB*, in M. GENSABELLA FURNARI (a cura di), *Il paziente, il medico e l'arte della cura*, Catanzaro, 2005;
- J. C. SORNIA, *Storia della medicina*, Parigi, 1992;

- A. G. SPAGNOLO, R. MINACORI, *Il consenso informato alle sperimentazioni mediche prima e dopo Norimberga*, in A. TARANTINO, R. ROCCO (a cura di), *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione. Atti del simposio internazionale. Lecce, 5 – 6 – 7 dicembre 1997*, Milano, 1998;
- A. G. SPAGNOLO, *La relazione medico paziente nella sanità aziendalizzata*, in AA.VV., *Etica e giustizia in sanità. Questioni generali, aspetti metodologici e organizzativi*, Milano, 2004;
- A. SPICKHOFF, *Rechtssicherheit kraft Gesetzes durch sogenannte Patientenverfügungen?*, in *FamRZ*, 2009;
- S. SPINSANTI, *Bioetica*, Milano, 1985;
- S. SPINSANTI, *Cambiamenti nella relazione tra medico e paziente*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it);
- S. SPINSANTI, *Chi decide in medicina? Dal consenso informato alla decisione consensuale*, Roma, 2002;
- S. SPINSANTI, *Salute, malattia e morte*, in AA. VV., *Nuovo dizionario di teologia morale*, Milano, 1990;
- G. SPOTO, *Questioni di fine vita tra modelli adottati in Europa, negli Stati Uniti e proposte interne*, in *Europa e dir. priv.*, fasc. 4, 2011;
- G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, in *Diritto dell'Unione Europea (II)*, 2011;
- M. TALLACCHINI, F. TERRAGNI, *Le biotecnologie. Aspetti etici, sociali ed ambientali*, Milano, 2004;
- A. TARANTINO, *Consenso informato*, in [www.enciclopediaidebioetica.com](http://www.enciclopediaidebioetica.com);
- A. TARANTINO, R. ROCCO, *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione. Atti del simposio internazionale, Lecce 5 – 6 – 7 dicembre 1997*, Milano, 1998;
- C. TAYLOR, *The secular age*, Cambridge, 2007;
- L. N. TOLSTOJ, *Guerra e pace*, in *Russkij Vestnik*, 1865 – 1869, trad. it. di L. P. Savoj, M. b. Luporini, Milano, 2013;
- N. TORCELLAN, *Cronologia (1900 – 1992,)* in *Europa 1700 – 1992: storia di un'identità – il Ventesimo secolo*, Milano, 1993;
- C. TRIPODINA, *Eutanasia, diritto, Costituzione nell'età della tecnica*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2001;
- C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica: il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004;

- R. TUFANO, E. DE ROBERTIS, *Il differimento tecnologico della morte*, in C. Buccelli, *Le criticità nella medicina di fine vita: riflessioni etico – deontologiche e giuridico – economiche*, Napoli, 2013;
- F. TUROLDO, *L'etica di fine vita*, Roma, 2010;
- G. VALENTE, *Testamento biologico ed eutanasia nel diritto tedesco: patientenverfügung und sterbehilfe*, in *Fam e dir.*, fasc. 12, 2011;
- A. VALLINI, *Il valore del rifiuto di cure 'non confermabile' dal paziente*, in *Diritto pubblico*, 1, 2003;
- A. VALLINI, *Introduzione al focus (II). Il diritto di rifiutare le cure e i suoi risvolti: spunti per una discussione multidisciplinare*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 2, 2014;
- A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 1, 2008;
- A. VALSECCHI, *Informazione e acquisizione del consenso del paziente nell'équipe medica*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 2, 2009;
- G. VASSALLI, *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico – chirurgico*, in *Arch. pen.*, I, 1973;
- R. VEATCH, *Death, dying and the Biological Revolution*, II ed., New Haven – Londra, 1989;
- M. VEGETTI, *Le origini dell'insegnamento medico*, in M. FERRARI, P. MAZZARELLO (a cura di), *Formare alle professioni, figure della sanità*, Milano, 2010;
- M. VEGETTI, *Saperi terapeutici: medicina e filosofia nell'antichità*, in G. COSMACINI, C. CRISIANI (a cura di), *Medicina e filosofia nella tradizione dell'Occidente*, Milano, 1998;
- A. VENCHIARUTTI, *Infermità di mente*, in *Riv. dir. civ.*, 1991;
- A. VENCHIARUTTI, *Profili della salute mentale nel diritto privato*, in *Dir. famiglia*, fasc. 3, 1998;
- C. VENDITTI, *L'autonomia contrattuale nella sperimentazione*, in C. BUCCELLI (a cura di), *Aspetti etici della sperimentazione biomedica. Evoluzione, criticità, prospettive*, Napoli, 2015;
- R. VENTURINI, G. LORINI, F. PODAVITE, *Amministrazione di sostegno e tutela della persona fragile*, in *Tendenze nuove*, 4/2011;
- U. VERONESI (a cura di), *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006;

- L. VERGA, *Osservazioni sulla fondazione di una bioetica: aspetti filosofici e giuridici*, Atti del XXXIV congresso nazionale della Società Italiana di Storia della medicina, 27 – 29 ottobre 1989 Messina, 1992;
- D. VESHI, *La legge tedesca sul consenso informato: interpretazione delle corti tedesche e comparazione con la normativa italiana*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 2, 2015;
- G. VICARELLI, *L'ideale del medico nella storia della medicina*, in *Bioetica rivista interdisciplinare*, fasc. 2, 2012;
- N. VICECONTE, *Il diritto di rifiutare le cure: un diritto costituzionale non tutelato? Riflessioni a margine di una discussa decisione del giudice civile sul "caso Welby"*, in *Giur. cost.*, fasc. 3, 2007;
- F. VIGANÒ, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, n. 2/2014;
- F. VIGLIONE, *L'Europa del sociale e le nuove sfide normative: la situazione europea sull'affido dell'anziano e dell'adulto in difficoltà*, in M. L. VINCENZONI (a cura di), *Anziani da slegare. Invecchiare a casa propria. Le garanzie dell'affido e della domiciliarità*, Bologna, 2011;
- C. VIGNA, *Vita umana e autodeterminazione. Una questione molto disputata*, in *Biolaw journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2017;
- G. VISINTINI, *Considerazioni in tema di tutela civilistica del sofferente psichico*, in AA.VV. (a cura di), *La tutela giuridica del sofferente psichico. Stato attuale e prospettive di riforma*, Milano, 1993;
- G. VISINTINI, *I fatti illeciti. II. La colpa in rapporto agli altri criteri di responsabilità*, Padova, 1990;
- S. VOCATURO, *L'amministrazione di sostegno: la dignità dell'uomo al di là dell'handicap*, in *Riv. notariato*, III, 2004;
- S. VOCATURO, *La volontà del soggetto nell'ambito dell'Advance Health Care Planning: brevi riflessioni in tema di testamento biologico*, in *Riv. not.*, fasc. 4, 2007;
- M. VON CRANACH, *The physicians' reasons for using euthanasia during the Nazi-Fascist regime*, trad. it. di A. GERHARD, G. VEZZANI, in *Rivista sperimentale di freniatria: la rivista dei servizi di salute mentale*, Fasc. 1, 2009;
- S. WASSEM, *In dubio pro vita? Die Patientenverfügung*, Berlino, 2010;
- G. ZAGREBELSKY, *Il «crucifige!» e la democrazia*, Torino, 2007;
- P. ZATTI, *Conclusioni*, in AA. VV. (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione*, Torino, 2012;

- P. ZATTI, *Consistenza e fragilità dello ius quo utimur in materia di relazione di cura*, in *Nuova giur. civ.*, 1, 2015;
- P. ZATTI, *Cura, salute, vita, morte: diritto dei principi o disciplina legislativa?*, in *Biolaw journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2017;
- P. ZATTI, *Salute, vita, morte: diritto dei principi o nuova legge?*, in *Quot. San.*, 7 marzo 2017.